

Gang Wang

Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht

Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

in Fortführung der Reihe

„Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg“

begründet von Albin Eser

Band S 141



Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter

Ein Rechtsvergleich zwischen
Deutschland und den USA

Gang Wang



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-815-0>

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin

<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © Frank Schmidt, Köln

Foto des Autors: Andrea Keller

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-815-0 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-14476-1 Duncker & Humblot)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier

entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2013 abgeschlossen und im Sommersemester 2013 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Mai 2013 berücksichtigt.

Von Herzen danken möchte ich in erster Linie Herrn Professor Dr. *Walter Perron*, meinem akademischen Lehrer in Deutschland. Er hat mich als Mitarbeiter an seinem Institut (Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Abteilung 3) an der Albert-Ludwigs-Universität aufgenommen und mir dadurch sowohl das LL.M.-Studium als auch die Promotion in Freiburg ermöglicht. Während meiner Tätigkeit am Institut förderte er mein Interesse am Strafrecht durch vielfältige Lehrveranstaltungen sowie zahlreiche Gespräche und stand mir immer mit Rat und Tat zur Seite. Als Doktorvater hat er sich auch intensiv um das Gelingen der vorliegenden Arbeit gekümmert und mir wichtige Denkanstöße und Hinweise gegeben.

Meine Dankbarkeit gilt zudem Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, für wertvolle und anregende Diskussionen, für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Forschungsberichte des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ und nicht zuletzt für die Gewährung eines Promotionsstipendiums der Max-Planck-Gesellschaft.

Vielen Dank auch an Frau *Derya Cilingir* und Frau *Petra Lehser* für die sorgfältige und umsichtige Korrekturarbeit. Mein ganz besonderer Dank geht an meine Frau *Ganfen Ouyang*, die mich auf dem Promotionsweg begleitet und gestützt und mir im Jahr 2013 das schönste Geschenk meines Lebens gemacht hat – unseren Sohn *Yangji*.

Peking, VR China, im Juni 2014

Gang Wang

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Erster Teil **Einleitung**

I. Zur Debatte um Rettungsfolter	1
A. Meinungsstreit in Deutschland über den „Daschner-Fall“	1
B. Rettungsfolter in den USA	3
1. Der „Leon-Fall“	3
2. Zur ticking time bomb-Hypothese	5
II. Gegenstand der Untersuchung	7
III. Ziel der Untersuchung	8
IV. Methode und Gang der Untersuchung	8

Zweiter Teil **Definition der Rettungsfolter**

I. Allgemeine Definition der Folter	10
A. Die Definitionen in Deutschland und den USA	10
1. Der Folterbegriff in Deutschland	10
2. Die Definitionen in den USA	11
3. Zwischenergebnis	14
B. Der objektive Tatbestand	14
1. Tathandlung	15
a) Zufügung körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden	15
aa) Körperliche Schmerzen oder Leiden	15
bb) Androhung der Schmerzzufügung	15
b) Eingriffsschwelle der Folter	17
aa) „Große“ Schmerzen oder Leiden	17
bb) Konkretisierung in der Rechtsprechung	20
(1) Die Rechtsprechung des EGMR	20
(2) Die US-amerikanische Rechtsprechung	21

c)	Die enge Auslegung im Bybee-Memo und die Kritik daran	23
aa)	Die Ansicht im Bybee-Memo	23
bb)	Zur Kritik	24
(1)	Eingriffsschwelle der physischen Misshandlung	24
(2)	„Anhaltende“ seelische Schäden	25
d)	Die vier Kategorien von Misshandlungen	28
2.	Folterhandlungen im Gewahrsam oder unter physischer Kontrolle	30
3.	Tatsubjekt und Zurechenbarkeit zum Staat	30
C.	Der subjektive Tatbestand	32
1.	Besonderer Vorsatz	32
a)	Der Begriff „besonderer Vorsatz“ im Strafrecht	33
b)	„Besonderer Vorsatz“ im Folterbegriff	34
aa)	„Besonderer Vorsatz“ in Bezug auf den Eintritt des Erfolgs ..	34
bb)	„Besonderer Vorsatz“ als Absicht (purpose)?	35
2.	Absicht	38
a)	Die Ansichten in der deutschen Literatur	38
b)	Die Ansichten in den USA	39
D.	Das negative Tatbestandsmerkmal	40
E.	Zusammenfassung und Vergleich	41
II.	Begriff der Rettungsfolter	43

Dritter Teil

Rettungsfolter in der deutschen Rechtsordnung

I.	Entführungsfall	44
II.	Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter	44
A.	§ 240 StGB Nötigung	44
1.	Zum Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB	45
a)	Der Gewaltbegriff und die Rettungsfolter	45
b)	Drohung mit einem empfindlichen Übel	46
c)	Nötigungserfolg	47
aa)	Ansicht gegen das Vorliegen eines Nötigungserfolgs	47
bb)	Die herrschende Meinung	48
2.	Verwerflichkeit	49
a)	Allgemeines zur Verwerflichkeitsklausel	49
b)	Die Zweck-Mittel-Relation im Rettungsfolterfall	50
3.	Missbrauch der Befugnisse oder der Stellung als Amtsträger	52
4.	Zwischenergebnis	52
B.	§ 340 StGB Körperverletzung im Amt	53
C.	§ 343 StGB Aussageerpressung	54

1.	Der objektive Tatbestand	54
a)	Zur präventiven Natur der Rettungsfolter	54
b)	Präventive Maßnahme und Strafverfahren	56
2.	Der subjektive Tatbestand	59
3.	Zwischenergebnis	60
D.	Ergebnis zur Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter	60
III.	Keine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis	60
A.	Allgemeines	60
B.	Die Spezialbefugnis zur Befragung	61
C.	Auskunftspflicht des Befragten	63
1.	Begründung der Auskunftspflicht	63
a)	Die weitgehende Auskunftspflicht	63
b)	Einschränkung durch die Verantwortlichkeit	64
c)	Über die Angaben zur Person hinausgehende Auskünfte	64
aa)	Auskunftspflicht bei Vorliegen einer besonderen Gefahr	65
bb)	Auskunftspflicht bei Vorliegen einer gesetzlichen Handlungspflicht	65
2.	Begrenzung der Auskunftspflicht	66
3.	Zwischenergebnis	67
D.	Rettungsfolter als polizeiliches Zwangsmittel	67
1.	Rechtslage nach den Polizeigesetzen	67
2.	Zur teleologischen Reduktion des Folterverbots im Polizeirecht	70
a)	Das Argument der Wertungslücke	70
aa)	Zur These der Wertungslücke	70
bb)	Zur Kritik an Brugger	71
b)	Argument anhand der staatlichen Schutzpflicht	72
aa)	Die Schutzpflicht im Rettungsfolterfall	72
bb)	Schutzpflicht und polizeiliche Eingriffsbefugnis	73
E.	Zwischenergebnis	74
IV.	Berufung der Hoheitsträger auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe	74
A.	Die öffentlich-rechtliche Theorie	75
1.	Die rein öffentlich-rechtliche Theorie	75
a)	Die Grundthese	75
b)	Zur Kritik der rein öffentlich-rechtlichen Theorie	76
2.	Die eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie	77
B.	Die differenzierende Theorie	78
1.	Die Grundthese	78
2.	Zur Kritik der differenzierenden Theorie	79
a)	Die Einheit der Rechtsordnung	79
b)	Normwiderspruch	81
c)	Strafunrechtsausschließungsgrund	82
d)	Kriminalpolitische Hinsicht	83

C.	Die gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtliche Theorie	84
1.	Die Grundthese	84
2.	Zur Kritik der gemischten Theorie	84
D.	Die strafrechtliche Theorie	86
1.	Die Grundthese und die Rechtsprechung	86
2.	Zur Kritik der strafrechtlichen Theorie	87
a)	Das Bestimmtheitsgebot und die Wesentlichkeitstheorie	87
b)	Weitere Einwände	90
E.	Zwischenergebnis	91
V.	Rettungsfolter als Notwehr	91
A.	Allgemeines zur Notwehr	91
B.	Notwehrlage	92
1.	Der Angriff	92
a)	Die Ansicht gegen das Vorliegen eines Angriffs	93
b)	Die herrschende Ansicht	94
2.	Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit des Angriffs	96
C.	Notwehrhandlung	96
1.	Geeignetheit der Rettungsfolter	97
a)	Ablehnende Ansichten	97
b)	Überwiegende Meinung	97
2.	Mildestes Mittel	98
D.	Gebotenheit der Notwehr	100
1.	Allgemeines zur Gebotenheit	100
2.	Zumutbarkeitserwägung	101
3.	Rechtsmissbrauchsgedanke	102
a)	Grundthese des Rechtsmissbrauchsgedankens	102
b)	Zur Kritik des Rechtsmissbrauchsgedankens	103
4.	Zum Grundgedanken des Notwehrrechts	105
a)	Die rein individualrechtliche Notwehrbegründung	105
aa)	Die grundlegenden Argumente	105
bb)	Zur Kritik der rein individualrechtlichen Konzeption	108
b)	Die rein überindividualistische Notwehrbegründung	110
aa)	Die Grundthese	110
bb)	Zur Kritik der rein überindividualistischen Konzeption	111
c)	Die dualistische Notwehrlehre	113
5.	Menschenwürdegarantie als Einschränkung des Notwehrrechts	115
E.	Rettungsfolter als Verletzung der Menschenwürde	116
1.	Die herrschende Meinung in Deutschland	117
a)	Schutzbereich der Menschenwürde	117
aa)	Zum Begriff der Menschenwürde	117
bb)	Verwirkung der Menschenwürde	118
b)	Rettungsfolter als Eingriff in die Würde des Entführers	119
c)	Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde	120

2.	Ansichten für die Abwägungsoffenheit der Menschenwürde	122
	a) Meinungen in der Literatur	122
	b) Abwägungen in der Rechtsprechung	123
	c) Auswirkung auf die Zulässigkeit der Rettungsfolter	125
3.	Einschränkung der Würdegarantie durch das Recht auf Leben	126
	a) Ansichten für eine Einschränkung	126
	b) Rangverhältnis zwischen Lebensrecht und Menschenwürde	127
	aa) Ansichten für die Gleich- oder Vorrangigkeit des Lebens	127
	bb) Keine Kongruenz zwischen Leben und Würde	128
	cc) Vorrangigkeit der Menschenwürde	130
	c) Kein Vergleich mit dem finalen Rettungsschuss	134
	d) Exkurs: Kein „rechtsfreier Raum“	135
4.	Einschränkung der Würdegarantie durch Würdekollision	137
	a) Würde des Opfers und staatliche Pflichten	138
	aa) Menschenwürde des Entführungsoffers	138
	bb) Staatliche Achtungs- und Schutzpflicht für die Würde	139
	b) Zur Ansicht gegen die Möglichkeit einer Würdekollision	140
	c) Rangverhältnis von Achtungs- und Schutzpflicht	141
	aa) Vorrang der Schutzpflicht?	141
	bb) Vorrang der Achtungspflicht?	143
	(1) Die herrschende Meinung	143
	(2) Die Gegenansichten	145
	(3) Streit im Zusammenhang mit der Menschenwürde	148
	cc) Zwischenergebnis	151
	d) Abwägung „Würde gegen Würde“ im Rettungsfolterfall	151
	aa) Vorrang der Menschenwürde des Entführungsoffers?	152
	(1) Ansichten für den Vorrang der Würde des Opfers	152
	(2) Zur Kritik	153
	bb) Folterverbot im Völkerrecht	154
	(1) Zum absoluten Folterverbot im internationalen Recht	154
	(2) Die Wirkung in der deutschen Rechtsordnung	158
	cc) Dambruchargument	162
	dd) Andere mittelbare Auswirkungen	164
	ee) Zwischenergebnis	166
5.	Exkurs: Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG	167
	a) Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG	167
	aa) Festgehaltene Person	167
	bb) Der Begriff „Misshandlung“	168
	b) Einschränkung des Misshandlungsverbots?	169
	aa) Die herrschende Meinung	169
	bb) Bruggers These und die Kritik daran	170
	c) Zwischenergebnis	173
F.	Ergebnis zur Notwehr	173

VI. Rettungsfolter als rechtfertigender Notstand	174
A. Allgemeines zum rechtfertigenden Notstand	174
1. Geltende Rechtslage	174
2. Legitimationsgrund des rechtfertigenden Notstands	175
a) Ansichten gegen Notstand als Rechtfertigungsgrund	175
b) Begründungen unter dem Einfluss des Utilitarismus	177
aa) Allgemeines zum Utilitarismus	177
bb) Die Entwicklung der strafrechtlichen Doktrinen	178
(1) Kritik der Güterabwägungstheorie	179
(2) Vermittelnde Ansichten	181
c) Solidaritätspflicht als Legitimationsgrund	185
aa) Zum Begriff „Solidarität“	185
bb) Solidaritätspflicht und Notstand	187
d) Zwischenergebnis	189
B. Notstandslage	189
1. Beurteilung der Gefahr	190
2. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr	191
C. Notstandshandlung	192
D. Interessenabwägung und Angemessenheit	193
1. Zum Verhältnis zwischen Interessenabwägung und Angemessenheitsklausel	193
2. Würdegarantie als Grenze des Notstandsrechts	194
E. Zwischenergebnis	197
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	197

Vierter Teil

Rettungsfolter in der US-amerikanischen Rechtsordnung

I. Die ticking time bomb-Situation	200
II. Einschlägige strafrechtliche Vorschriften	200
A. Überblick	200
B. Anwendbare Tatbestände auf der Bundesebene	201
1. 18 U.S.C. § 2340A – Folter	202
2. 18 U.S.C. § 2441 und 10 U.S.C. § 950T (11)	202
3. 18 U.S.C. §§ 113, 114	203
a) Assault und battery	203
b) Tatbestandsmäßigkeit der 18 U.S.C. §§ 113, 114	204
4. 18 U.S.C. § 242	207
C. Anwendbare Tatbestände in den Strafgesetzen der Bundesstaaten	209
1. Folter an sich als Straftat	209

2.	Assault oder battery	210
3.	Official oppression	210
4.	Official misconduct	211
D.	Zwischenergebnis	211
III.	Öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis	211
A.	Verfassungsschranken in der Rechtsprechung	212
1.	Polizeirecht als „Verfassungsvorbehalt“	212
2.	Die self incrimination-Klausel	213
a)	Allgemeines	213
b)	Anwendungsbereich der self incrimination-Klausel	214
aa)	Zum Streit in den USA	214
bb)	Der „Chavez-Fall“	216
cc)	Im Rettungsfolterfall	218
c)	Schutz der öffentlichen Sicherheit als Ausnahme	218
3.	Die due process-Klausel	219
a)	Das Erfordernis des substantive due process	219
b)	Shock the conscience-Test	221
c)	Schutz der materiellen Rechte	224
4.	Zwischenergebnis	226
B.	42 U.S.C. § 2000dd	227
C.	Executive Order 13491	228
D.	Spezifische Politik der Behörde	229
E.	Torture warrant	230
1.	Die Lösung von Dershowitz	230
2.	Die Kritik	230
F.	Zwischenergebnis	233
IV.	Berufung der Hoheitsträger auf justifications	233
A.	Zur Differenzierung zwischen justification und excuse	233
1.	System der defenses	233
2.	Justification und excuse	235
a)	Das traditionelle englische common law	235
aa)	Praktische Hinsicht	236
bb)	In der Literatur	237
cc)	Zwischenergebnis	240
b)	Die traditionelle Ansicht in den USA	241
c)	Die heute herrschende Meinung in den USA	242
aa)	Moralische Richtigkeit vs. Unvorwerfbarkeit	243
bb)	Verhaltensregel vs. Entscheidungsregel	244
cc)	Verallgemeinerungsfähigkeit vs. Persönlichkeit	245
dd)	Bewertung der Handlung eines Dritten	246
ee)	Im Strafprozessrecht	246
ff)	Andere Konsequenzen	247

d)	Probleme und Streit	248
aa)	Die moralische Sicht	248
bb)	Verhaltensregel und akustische Separation	252
cc)	Meinungsverschiedenheiten über die Konsequenzen der Differenzierung	253
dd)	Mangelnde Bedeutung im Strafprozess	256
ee)	Moralische Botschaften und Vorrangigkeitsthese	257
3.	Zwischenergebnis	258
B.	Anwendbarkeit der justifications auf Hoheitsträger	259
C.	Justification als hoheitliche Eingriffsbefugnis	260
1.	Die differenzierenden Ansichten	260
a)	Argument hinsichtlich der ad hoc-Natur der justifications	260
b)	Politisch-philosophisches Argument	262
c)	Konsequentialistisches Argument	262
2.	Argumente gegen eine Differenzierung	263
a)	Argumente der politischen Philosophie	264
b)	Moralisches Argument	266
D.	Zwischenergebnis	267
V.	Rettungsfolter als self-defense oder defense of others?	267
A.	Zu den Voraussetzungen der self-defense und defense of others	267
B.	Bedeutung der „Gewaltanwendung“	270
1.	Die Ansicht im Bybee-Memo	270
2.	Die herrschende Meinung in den USA	271
C.	Folter als Grenze der self-defense	272
D.	Zwischenergebnis	273
VI.	Rettungsfolter als defense of necessity	274
A.	Allgemeines zur defense of necessity	274
1.	Geschichte der defense of necessity	274
a)	Defense of necessity im traditionellen englischen common law ...	274
b)	Defense of necessity in den USA	277
2.	Voraussetzungen der defense of necessity	279
a)	Allgemeines	279
b)	Notstandslage	284
aa)	Notstandsfähiges Rechtsgut	284
bb)	Ursprung der Gefahr	285
cc)	Gegenwärtigkeit des Schadens	288
dd)	Die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ des Schadens	290
ee)	Die Objektivität der Notstandslage	292
c)	Notstandshandlung	294
aa)	Geeignetheit der Handlung	294
bb)	Interessenabwägung bei der defense of necessity	295

	(1) Überwiegendes Interesse	295
	(2) Abwägungsfaktoren	298
	(3) Kriterium der Interessenabwägung	299
	cc) Grenzen der Interessenabwägung	300
	(1) Legislativentscheidung	300
	(2) Schwerwiegende Straftaten	303
3.	Rettungswille	304
B.	Rettungsfolter und die defense of necessity	305
1.	Notstandslage	305
	a) Gegenwärtigkeit der drohenden Schäden	305
	b) Die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Schäden	306
2.	Rettungsfolter als geeignete Notstandshandlung	307
	a) Ansichten gegen die Eignung als Notstandshandlung	307
	b) Ansichten für die Eignung als Notstandshandlung	309
3.	Die Legislativentscheidung und das Völkerrecht	310
	a) Argumente im Bybee-Memo	311
	b) Das Folterverbot im Völkerrecht als US-amerikanisches Recht? ...	312
	aa) Die non-self-executing-Verträge	312
	bb) Das Völkergewohnheitsrecht	314
	cc) Das „Charming Betsy-Grundprinzip“	318
	(1) Allgemeines	319
	(2) Der mutmaßliche Wille des Congress	320
	(3) Das internationalistische Verständnis	321
	(4) Die Manifestation der Gewaltenteilung	322
	c) Zwischenergebnis	324
4.	Die Interessenabwägung im Rettungsfolterfall	324
	a) Faktoren der Interessenabwägung	325
	aa) Die utilitaristische Formel	325
	bb) Analogie zur self-defense	326
	(1) Verschulden des gefolterten Täters	326
	(2) Zusammenhang zwischen Verschulden und Nützlichkeit	327
	cc) Das spezifische Übel der Folter	327
	(1) Leben gegen Schmerzen?	327
	(2) Die Menschenwürde und die Grausamkeit der Folter ..	328
	(3) Schutzlosigkeit des Folteropfers	330
	dd) Slippery slope	331
	ee) Die anderen mittelbaren Auswirkungen der Folter	333
	b) Die Gesamtabwägung	335
	aa) Die deontologische Idee	335
	bb) Die regelutilitaristische Ansicht gegen die justification der Rettungsfolter	337
	cc) Das utilitaristische Argument für eine justification	337
	dd) Zwischenergebnis	340

C.	Bewertung in der Praxis	340
1.	Die rein utilitaristische Version der defense of necessity im MPC	340
2.	Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten	341
3.	Rechtsprechung auf Bundesebene	343
4.	Zwischenergebnis	347
D.	Ergebnis	347
VII.	Zusammenfassung der Ergebnisse	348

Fünfter Teil

Vergleich der Rechtsordnungen

I.	Zusammenfassender Vergleich	351
A.	Verfassungsrecht	351
1.	Garantie der Menschenwürde	351
a)	Menschenwürde im deutschen Grundgesetz	351
b)	Menschenwürde in der US-Verfassung	352
aa)	Menschenwürde in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court	352
bb)	Kein absoluter Schutz der Würde	355
c)	Vergleich im Zusammenhang mit der Rettungsfolter	357
2.	Völkerrechtsfreundlichkeit	358
B.	Öffentliches Recht	360
C.	Strafrecht	361
1.	Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter	361
2.	Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung	362
3.	Berufung der Hoheitsträger auf die strafrechtliche Rechtfertigung	362
4.	Notwehr	363
a)	Notwehrlage	363
b)	Rettungsfolter und Geeignetheit	364
c)	Einschränkung des Notwehrrechts	365
5.	Rechtfertigender Notstand	366
a)	Utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands?	366
b)	Notstandslage	367
c)	Interessenabwägung und ihre Grenzen	368
II.	Zwei wesentliche Unterschiede	370
III.	Mögliche Gründe für die Unterschiede	372
IV.	Abschließende Bewertung	375
A.	Rettungsfolter als Würdeverletzung	375
B.	Keine strafrechtliche Rechtfertigung	379
	Literaturverzeichnis	382

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Ala.	Alabama
Alaska Stat.	Alaska Statutes
Alt.	Alternative
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Crim. L.	American Journal of Criminal Law
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. J.L. & Med.	American Journal of Law & Medicine
Am. Soc'y Int'l. L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969
App.	Court of Appeals
Ariz.	Arizona
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Ariz. Rev. Stat. Ann.	Arizona Revised Statutes Annotated
Ark.	Arkansas
Ark. Code Ann.	Arkansas Code Annotated
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ATS	Alien Tort Statute
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts

BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BbgPolG	Brandenburgisches Ordnungsbehördengesetz
B.C. Third World L. J.	Boston College Third World Law Journal
Bd.	Band
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
BerLASOG	Berliner Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BIA	Board of Immigration Appeals
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWPolG	Baden-Württembergisches Polizeigesetz
bzw.	beziehungsweise
Cal.	California
Cal. App.	California Appellate Reports; California Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Pen. Code	California Penal Code
Cal. Rptr.	West's California Reporter
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Can. J. L. & Jurisprudence	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cardozo J. Int'l and Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Case W. Res. J. Int'l L.	Case Western Reserve Journal of International Law
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review

C.D.	Central District
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CIA	Central Intelligence Agency
Cir.	Circuit
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review
C.M.A.	Court of Appeals for the Armed Forces
Colo.	Colorado
Colo. Rev. Stat. Ann.	Colorado Revised Statutes Annotated
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. J. L. & Soc. Probs.	Columbia Journal of Law and Social Problems
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cong. Rec.	Congressional Record
Conn.	Connecticut
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CRS	Congressional Research Service
Crime & Just.	Crime and Justice
Crim. App.	Court of Criminal Appeals
Crim. Just. Ethics	Criminal Justice Ethics
Crim. L. & Phil.	Criminal Law and Philosophy
Crim. L. Forum	Criminal Law Forum
D.	District
Dartmouth L.J.	Dartmouth Law Journal
D.C.	District of Columbia
D.D.C.	District Court for the District of Columbia
Deakin L. Rev.	Deakin Law Review
Del.	Delaware
Del. Code Ann.	Delaware Code Annotated
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
Dist.	District

XX	Abkürzungsverzeichnis
DoD	Department of Defense
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Driz	Deutsche Richterzeitung
Duke L.J.	Duke Law Journal
DVBf	Deutsches Verwaltungsblatt
E.D.	Eastern District
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950
et al.	et alii
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f., ff.	folgend, fortfolgend
F.	Federal Reporter
FBI	Federal Bureau of Investigation
Fed. Appx.	Federal Appendix
FG	Festgabe
Fla.	Florida
Fla. J. Int'l L.	Florida Journal of International Law
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
FM	Field Manual
FM 2-22.3	United States Army Field Manual on Human Intelligence Collector Operations
FM 34-52	United States Field Manual on Intelligence Interrogation
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Ga.	Georgia
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Ga. St. U. L. Rev.	Georgia State University Law Review
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. J.L. & Pub. Pol'y	Georgetown Journal of Law & Public Policy
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal

Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
GerS	Der Gerichtssaal
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Golden Gate U.L. Rev.	Golden Gate University Law Review
Gonz. L. Rev.	Gonzaga Law Review
GS	Gedächtnisschrift
GSS	General Security Service
HambGDatPol	Hamburgisches Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. Hum. Rts. J.	Harvard Human Rights Journal
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Haw.	Hawaii
Haw. Rev. Stat. Ann.	Hawaii Revised Statutes Annotated
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HCJ	High Court of Justice
HessSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
h.M.	herrschende Meinung
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
Howard L.J.	Howard Law Journal
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
Hum. Rts. Q.	Human Rights Quarterly
ICTR	Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda
ICTY	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien
Ill.	Illinois
Ill. Comp. Stat. Ann.	Illinois Compiled Statutes Annotated
Ind.	Indiana
Ind. Int'l & Comp. L. Rev.	Indiana International & Comparative Law Review
insb.	insbesondere
Interdisc. J. Hum. Rts. L.	Interdisciplinary Journal of Human Rights Law

IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966
i.S.d.	im Sinne des
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
IStGH-Statut	Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Air L. & Com.	Journal of Air Law and Commerce
J. Applied Phil.	Journal of Applied Philosophy
J. Civ. Rts. & Soc. Just.	Journal of Civil Rights and Social Justice
J. Crim. L.	Journal of Criminal Law
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
J. Int'l Crim. Just.	Journal of International Criminal Justice
J. Int'l L. & Foreign Aff.	Journal of International Law and Foreign Affairs
J. Legis.	Journal of Legislation
J. Nat'l Sec. L. & Pol'y	Journal of National Security Law and Policy
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Ky.	Kentucky
Ky. Rev. Stat. Ann.	Kentucky Revised Statutes Annotated
L. & Phil.	Law and Philosophy
La.	Louisiana
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law & Ineq.	Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice
LG	Landgericht

lit.	litera
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
Mass.	Massachusetts
Md.	Maryland
M.D.	Middle District
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Me.	Maine
Me. Rev. Stat. Ann.	Maine Revised Statutes Annotated
Mich.	Michigan
Mich. J. Intl'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Miss.	Mississippi
Mo.	Missouri
Mo. Rev. Stat.	Missouri Revised Statutes
Mont.	Montana
Mont. L. Rev.	Montana Law Review
MPC	Model Penal Code
MVSOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	footnote
N.C.	North Carolina
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.D.	North Dakota; Northern District
NdsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
N.E.	North Eastern Reporter
Neb.	Nebraska
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
Neb. Rev. Stat. Ann.	Nebraska Revised Statutes Annotated

Nev.	Nevada
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
New Eng. J. of Pub. Pol’y	New England Journal of Public Policy
New Eng. L. Rev.	New England Law Review
N.H.	New Hampshire
N.H. Rev. Stat. Ann.	New Hampshire Revised Statutes Annotated
N. Ill. U. L. Rev.	Northern Illinois University Law Review
N. Ir. L. Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
NJ	Neue Justiz
N.J.	New Jersey
N.J. Stat. Ann.	New Jersey Statutes Annotated
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M.	New Mexico
no.	number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nova L. Rev.	Nova Law Review
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.W.	North Western Reporter
NWPolG	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
NW. U. J. Int’l Hum. Rts.	Northwestern University Journal of International Human Rights
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
N.Y.	New York
N.Y.L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
N.Y. Pen. Law	New York Penal Law
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZWehr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Okla.	Oklahoma
OLC	Office of Legal Counsel
OLG	Oberlandesgericht
Or.	Oregon
Or. L. Rev.	Oregon Law Review

OR. Rev. Stat.	Oregon Revised Statutes
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
P.	Pacific Reporter
Pa.	Pennsylvania
Pa. Cons. Stat. Ann.	Pennsylvania Consolidated Statutes Annotated
PCATI	Public Committee Against Torture in Israel
Penn St. Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy and Public Affairs
Pub. L.	Public Law
Rdn.	Randnummer
Regent J. Int'l L.	Regent Journal of International Law
R.I.	Rhode Island
RPPOG	Rheinland-Pfälzisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
RuP	Recht und Politik
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.	Seite
SaarlPoIG	Saarländisches Polizeigesetz
SächsPoIG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
SASOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
S.C.	South Carolina
S.D.	South Dakota; Southern District
S.E.	South Eastern Reporter
Sec.	Section
S. Exec. Rep.	Senate Executive Report
SHLVwG	Schleswig-Holsteinisches Landesverwaltungsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
S.M.U. L. Rev.	SMU Law Review
So.	Southern Reporter
Soc. Res.	Social Research

sog.	sogenannt
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review
St. Louis U. L.J.	Saint Louis University Law Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stan. L. & Pol'y Rev.	Stanford Law & Policy Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
Supp.	Supplement
S.W.	South Western Reporter
Tenn.	Tennessee
Tenn. Code Ann.	Tennessee Code Annotated
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex.	Texas
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tex. Penal Code Ann.	Texas Penal Code Annotated
Tex. Rev. L. & Pol.	Texas Review of Law & Politics
Tex. Tech L. Rev.	Texas Tech Law Review
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
ThürPAG	Thüringer Polizeiaufgabengesetz
T. Jefferson L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tulsa J. Comp. & Int'l L.	Tulsa Journal of Comparative and International Law
Tulsa L. Rev.	Tulsa Law Review
TVPA	Torture Victim Protection Act of 1991
u.a.	und andere; unter anderem
U.C.D. L. Rev.	UC Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Mich. J.L. Reform	University of Michigan Journal of Law Reform

UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
U. Pa. J. Const. L.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Urt.	Urteil
U.S.	United States; United States Reports
U.S.C.	United States Code
U.S.F. L. Rev.	University of San Francisco Law Review
usw.	und so weiter
U. Tol. L. Rev.	University of Toledo Law Review
UZwGBw	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen vom 12.8.1965
v.	versus
Va.	Virginia
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vt.	Vermont
Wash.	Washington
Wash. U. L.Q.	Washington University Law Quarterly
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
W.D.	Western District
Wis.	Wisconsin
Wis. Stat. Ann.	Wisconsin Statutes Annotated
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
W. Va.	West Virginia
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review

WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
Wyo.	Wyoming
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erster Teil

Einleitung

I. Zur Debatte um Rettungsfolter

A. Meinungsstreit in Deutschland über den „Daschner-Fall“

Wenn Sie, als Polizeibeamter, durch Folter eines festgenommenen Terroristen das Leben vieler Menschen retten könnten, würden Sie es tun? „Würden Sie foltern?“¹ Diese im Jahr 1993 von *Luhmann* gestellte Frage hatte knapp zehn Jahre später *Wolfgang Daschner*, der ehemalige Frankfurter Vize-Polizeipräsident, zu beantworten: Am 27. September 2002 entführte *Gäfgen* den elfjährigen Bankierssohn *Jakob von Metzler* und forderte danach von dessen Familie für die Freilassung des Kindes ein Lösegeld in Höhe von einer Million Euro. Nachdem er am 30. September 2002 von der Polizei festgenommen worden war, weigerte sich *Gäfgen* im Lauf der Befragungen, das Versteck des entführten Kindes zu nennen. Als die Polizei das Kind auch am Morgen des nächsten Tages noch nicht gefunden hatte, ordnete *Daschner* aus Sorge um das Leben des seit mittlerweile vier Tagen vermissten Jungen an, unmittelbaren physischen Zwang (nach vorheriger Androhung) gegen *Gäfgen* anzuwenden, um diesen so zur Nennung des Aufenthaltsorts zu zwingen. Unter Androhung von Zufügung von Schmerzen gestand *Gäfgen* schließlich, dass er das Kind bereits am Tag der Entführung getötet und wo er die Leiche versteckt hatte.²

Dieser berühmte „Daschner-Fall“ hat unter den Juristen in Deutschland eine heftige Diskussion über die Rettungsfolter ausgelöst. Zwar handelt es sich dabei in erster Linie um Fragen des Öffentlichen Rechts, doch auch der Strafrechtswissenschaft hat der Fall große Schwierigkeiten bereitet. In einem erbitterten Streit gingen die Auffassungen in der Literatur in vielfältiger Hinsicht auseinander. Selbst die Entscheidungen des LG Frankfurt a.M.,³ des BVerfG⁴ und des EGMR⁵ konnten

¹ Vgl. *Luhmann*, Gesellschaft, S. 1 f.

² Zum Sachverhalt im „Daschner-Fall“ siehe z.B. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692; *Kudlich*, JuS 2005, 377.

³ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692; LG Frankfurt a.M. StV 2003, 325.

⁴ Vgl. BVerfG NJW 2005, 656.

⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NSTZ 2008, 699; EGMR, Entscheidung vom 10.4.2007 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2007, 2461; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

den heftigen Meinungskampf nicht beilegen. Nach *Roxin* zählt der „Daschner-Fall“ sogar „zum kontroversesten Strafrechtsfall der deutschen Nachkriegsgeschichte“.⁶

Diese Behauptung ist vielleicht gar nicht so übertrieben, wie sie auf den ersten Blick erscheint: In der Tat tangieren die Fragen, die mit dem „Daschner-Fall“ aufgeworfen wurden, sowohl Strafprozessrecht wie auch materielles Strafrecht. Was das Strafprozessrecht angeht, stellt sich hauptsächlich das Problem, ob die als Verstoß gegen § 136 a StPO angesehene Folterung im Verfahren zu einem Beweisverwertungsverbot oder Verfahrenshindernis führt und darüber hinaus eine Fortwirkung bzw. Fernwirkung bei der Beweisverwertung nach sich zieht.⁷ Im materiellen Strafrecht ist hingegen vor allem die Strafbarkeit des mit Rettungsabsicht folternden Polizeibeamten bzw. die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf die Rettungsfolter zu ermitteln. Während die h.L. in der Literatur⁸ und die Rechtsprechung⁹ unter Berücksichtigung des absoluten Folter-

⁶ Vgl. *Roxin*, FS für Nehm, S. 205.

⁷ Zu den strafprozessualen Fragen siehe z.B. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 50 ff.; *Weigend*, StV 2003, 436 ff.; LG Frankfurt a.M. StV 2003, 325; BVerfG NJW 2005, 656; EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 699; EGMR, Entscheidung vom 10.4.2007 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2007, 2461; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

⁸ Siehe z.B. *Adam*, Gefährabwendungsfolter, S. 136 ff.; *Ambos/Rackow*, Jura 2006, 948; *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 149; *Beestermöller*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 115 ff.; v. *Bernstorff*, Der Staat 2008, 28 ff.; *Beutler*, Folter, S. 207 ff.; *Bielefeldt*, in: *Nitschke* (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 95 ff.; *Braun*, KritV 2005, 283 ff.; *Breuer*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 21; *Brieskorn*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 45 ff.; *Brunkhorst*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 90 ff.; *Düx*, ZRP 2003, 180; *Ebel*, Kriminalistik 1995, 825 ff.; *Ekardt*, NJ 2006, 65 f.; *Ellbogen*, Jura 2005, 339 ff.; *Enders*, DÖV 2007, 1042; *Fischer*, StGB, § 32 Rdn. 14 ff.; *Gebauer*, NVwZ 2004, 1409; *Glaeser*, FS für Isensee, S. 512 ff.; *Greco*, GA 2007, 635 ff.; *Guckelberger*, VBIBW 2004, 127; *K. Günther*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 101 ff.; *Hamm*, NJW 2003, 956; *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 521; *Hecker*, KJ 2003, 217; *NK³-Herzog*, § 32 Rdn. 59; *Hong*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 26 ff.; *Horlacher*, Auskunftserlangung, S. 102 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 63; *Jahn*, KritV 2004, 41 ff.; *Jeßberger*, Jura 2003, 715; *NK-Kindhäuser*, § 32 Rdn. 135; *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 841; *Kramer*, KJ 2000, 624 f.; *Kretschmer*, RuP 2003, 114; *Kreuzer*, in: *Nitschke* (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 46; *Kümmel*, Nötigung, S. 312; *Lamprecht*, Darf der Staat foltern?, S. 127 ff.; *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 710 f.; *Marx*, KJ 2004, 303; *Merten*, JR 2003, 406; *Müller/Formann*, Die Polizei 2003, 313 ff.; *Neuhaus*, GA 2004, 529 ff.; *Norouzi*, JA 2005, 310; *Ostendorf*, in: *ders.* (Hrsg.), Folter, S. 102 ff.; *Poscher*, JZ 2004, 758 ff.; *Perron*, FS für Weber, S. 154; *Reemtsma*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 69 ff.; *LK-Rönnau*, vor § 32 Rdn. 256 ff.; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 224; *Rottmann*, in: *Goerlich* (Hrsg.), Folter, S. 90 ff.; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 48 f.; *Schaefer*, NJW 2003, 947 f.; *Scharnweber*, Kriminalistik 2005, S. 161 ff.; *Scheller*, NJW 2009, 705 ff.; *Schild*, in: *Nitschke* (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 78 ff.; *Stobbe*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), Folter, S. 36 ff.; *Stohrer*, BayVBl. 2005, 489 ff.; *Stübinger*, in: *Jen-*
seits, S. 310 ff.; *Weilert*, Folterverbot, S. 200 ff.; *Welsch*, BayVBl. 2003, 488; *Wefßlau*, in: *Paech u.a.* (Hrsg.), Völkerrecht, S. 390 ff.; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 198 ff.; *Wolbert*, in: *Gehl* (Hrsg.), Folter, S. 83 ff.; *Wolter*, FS für Küper, S. 711 f.; *Ziegler*, KritV 2004, 65. Einige Autoren erkennen zwar ebenfalls das Folterverbot an, definieren die Folter jedoch

verbots die Zulässigkeit der Rettungsfolter ohne Weiteres verneinen und dadurch die Strafbarkeit des Polizeibeamten in der Regel bejahen,¹⁰ vertreten zahlreiche Autoren die Auffassung, dass die Rettungsfolter ausnahmsweise durch Notwehr – mindestens als privates Notwehrrecht – i.S.d. § 32 StGB gerechtfertigt werden kann.¹¹ Vereinzelt werden auch ein rechtfertigender Notstand i.S.d. § 34 StGB,¹² eine rechtfertigende Pflichtenkollision,¹³ ein übergesetzlicher Entschuldigungsgrund,¹⁴ ein Notwehrexzess i.S.d. § 33 StGB¹⁵ oder sogar ein übergesetzlicher, rechtfertigender Notstand des Polizeirechts¹⁶ angenommen.¹⁷

B. Rettungsfolter in den USA

1. Der „Leon-Fall“

Während in Deutschland vor dem „Daschner-Fall“ kaum Aufmerksamkeit auf die Problematik der Rettungsfolter gerichtet wurde, ist sie in der englischen Litera-

abweichend und können deshalb für die Zulässigkeit der Androhung körperlicher Schmerzen plädieren. So z.B. *Herzberg*, JZ 2005, 324 ff.; *Merkel*, FS für Jakobs, S. 400 ff.

⁹ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 695 f.

¹⁰ Die Vertreter dieser Auffassung wollen angesichts der Rettungsabsicht des Polizeibeamten manchmal nur eine gemilderte Strafe verhängen. Unter Umständen nehmen einige von ihnen sogar einen (unvermeidbaren) Verbotsirrtum beim folternden Polizeibeamten an (vgl. z.B. *Saliger*, ZStW 116 [2004], 63 f.).

¹¹ Siehe z.B. *Brugger*, VBIBW 1995, 453; *ders.*, JZ 2000, 165 ff.; *Engländer*, Nothilfe, S. 331 ff.; *Erb*, FS für Seebode, S. 99 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 603; *ders.*, Jura 2005, 30; *Fahl*, JR 2004, 191; *ders.*, Jura 2007, 748 f.; *Gössel*, FS für Otto, S. 60; *Gromes*, Präventionsfolter, S. 160 ff.; *Jerouschek*, JuS 2005, 301 f.; *Jerouschek/Kölbl*, JZ 2003, 619 f.; *Joecks*, StGB, § 32 Rn. 41 ff.; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 156a; *Lackner/Kühl*, StGB, § 32 Rdn. 17a; *Otto*, AT, § 8 Rdn. 59; *Seebode*, in: Goerlich (Hrsg.), Folter, S. 62 ff.; *Steinke*, Kriminalistik 2004, 327; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 Rdn. 95; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 196; wohl auch *Joerden*, FS für Hruschka, S. 511 ff.; *Meyer-Gofßner*, StPO, Anh. 4 MRK Art. 3 Rdn. 1; *Schulz*, in: Lenzen (Hrsg.), Folter, S. 87 f.; *Schünemann*, GA 2007, 645. Übrigens will *Götz*, NJW 2005, 954 ff. eine Putativnothilfe im „Daschner-Fall“ annehmen.

¹² So vertreten von *Miehe*, NJW 2003, 1220; *Helbing*, Kriminalistik 2005, S. 26.

¹³ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 882; *Gintzel*, Die Polizei 2004, 251 ff.

¹⁴ Vgl. *Roxin*, FS für Eser, S. 468 f.; *ders.*, FS für Nehm, S. 216; *ders.*, AT I, § 22 Rdn. 166 ff. Zu beachten ist aber, dass *Roxin* einen möglichen Ausschluss der Schuld bzw. – nach seinem eigenen Verrechenssystem – der Verantwortlichkeit wohl nur bei singulären Grenzfällen zulassen möchte, in denen eine Vielzahl von Menschenleben durch die Folter des Täters gerettet werden kann. Eine solche Extremsituation stellt jedoch ein Entführungsfall – wie z.B. der „Daschner-Fall“ – nicht dar. Zur Bejahung eines übergesetzlichen Schuldtauschließungsgrundes siehe auch *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32 bis 35 Rdn. 151.

¹⁵ Vgl. *Jäger*, FS für Herzberg, S. 551 f.; *ders.*, JA 2008, 683 f.

¹⁶ Vgl. *Burgmer*, Kriminalistik 2004, 336.

¹⁷ Zur Zulässigkeit der Rettungsfolter neigen auch *Bertram*, RuP 2005, 247 f.; *Nitschke*, in: *ders.* (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 7 ff., sowie *Trapp*, in: *Lenzen* (Hrsg.), Folter, S. 109 ff. Sie haben jedoch nicht klargestellt, wie dieses Ergebnis rechtlich erzielt werden soll.

tur schon seit Langem Thema. Ein Fall geht schon auf *Bentham* zurück. Im Jahr 1804 stellte dieser die Frage, ob Folter gegen einen Täter ausgeübt werden darf, wenn dadurch erforderliche Informationen für die Rettung hunderter Unschuldiger, die gerade unter rechtswidrigen, der Folter vergleichbaren schwerwiegenden Misshandlungen leiden oder unmittelbar vor solchen Misshandlungen stehen, erpresst werden kann. Seiner Meinung nach soll diese Frage bejaht werden.¹⁸ In den USA ist die Rettungsfolter sogar Anfang der 1980er Jahre im „Leon-Fall“ einmal Realität geworden:¹⁹

Der Täter *Leon* hatte das Opfer *Louis* unter Mithilfe eines anderen, *Armand*, entführt. Als er das Lösegeld vom Bruder des Opfers abholen wollte, wurde er von der Polizei festgenommen. Angesichts der gegenwärtigen Gefahr, dass das Opfer vom Mittäter *Armand* getötet würde, wenn *Leon* nicht in kurzer Zeit zurückkehrte, verlangten die Polizeibeamten von ihm, das Versteck des Opfers preiszugeben. Nach seiner Weigerung griffen ihn mehrere Polizeibeamte an. Sie bedrohten und misshandelten ihn, indem sie seine Arme hinter dem Rücken verdrehten und ihn würgten, bis er die Informationen verriet, anhand derer die Polizei das Opfer noch rechtzeitig retten konnte.²⁰

Bei den Entscheidungen zum „Leon-Fall“ ging es hauptsächlich um die Frage, ob die dadurch erworbene Aussage des Täters verwertet werden darf. Der U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit hat aber auch im Übrigen entschieden, dass die folternden Polizeibeamten keine ungerechtfertigte (*unjustified*) Gewalt angewandt hätten, weil die Erlangung der Informationen zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit oder des Lebens einer anderen Person vernünftig und notwendig gewesen sei.²¹

¹⁸ Vgl. dazu *Bentham*, Mss. Box 74.b., S. 429: “Suppose an occasion, to arise, in which a suspicion is entertained, as strong as that which would be received as a sufficient ground for arrest and commitment as for felony – a suspicion that at this very time a considerable number of individuals are actually suffering, by illegal violence inflictions equal in intensity to those which if inflicted by the hand of justice, would universally be spoken of under the name of torture. For the purpose of rescuing from torture these hundred innocents, should any scruple be made of applying equal or superior torture, to extract the requisite information from the mouth of one criminal, who having it in his power to make known the place where at this time the enormity was practising or about to be practised, should refuse to do so? To say nothing of wisdom, could any pretence be made so much as to the praise of blind and vulgar humanity, by the man who to save one criminal, should determine to abandon a 100 innocent persons to the same fate?” Zit. nach *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 347 n. 8 (1973).

¹⁹ Vgl. *Leon v. State*, 410 So.2d 201 (Fla. Dist. App. 1982); *Leon v. Wainwright*, 734 F.2d 770 (11th Cir. 1984).

²⁰ Vgl. *Ginbar*, *Torture*, S. 319.

²¹ Vgl. *Leon v. Wainwright*, 734 F.2d 770, 773 (11th Cir. 1984): “We do not by our decision sanction the use of force and coercion by police officers. Yet this case does not represent the typical case of unjustified force. We did not have an act of brutal law enforcement agents trying to obtain a confession in total disregard of the law. This was instead a group of concerned officers acting in a reasonable manner to obtain information they needed in order to protect another individual from bodily harm or death.”

2. Zur ticking time bomb-Hypothese

Obwohl der „Leon-Fall“ ein sehr gutes Beispiel für die Diskussion über Rettungsfolter hätte darstellen können, wird die heutige Debatte darum in den USA überwiegend anhand eines Gedankenexperiments, nämlich der *ticking time bomb*-Hypothese, geführt. Insbesondere die Bush-Regierung hat sich häufig auf diese Hypothese zur Legitimierung extremer Vernehmungsmethoden berufen.²² Genauso, wie es sich aus einem Bericht über die Prüfung der Festnahmeoperationen von dem DoD (*Department of Defense*) ergibt, beginnt die Argumentation für die harte Behandlung von Häftlingen meistens mit der *ticking time bomb*-Hypothese in irgendeiner ihrer zahlreichen Varianten.²³

Nach *Darius Rejali*, einem Professor für Politikwissenschaft in den USA, tauchte die Idee der tickenden Zeitbombe zum ersten Mal in *Jean Lartéguy's* Roman „Les Centurions“ von 1960 auf, der während der blutigen Besetzung Algeriens durch Frankreich geschrieben wurde. Dabei enthüllt der Held des Romans einen ungeheuren Bombenanschlag in ganz Algerien, nachdem er eine arabische Dissidentin bis zur Unterwerfung geschlagen hat, und muss gegen die Zeit anrennen, um den Anschlag zu stoppen.²⁴ In den anschließenden Jahrzehnten wird die *ticking time bomb*-Hypothese in der Diskussion über Rettungsfolter in verschiedenen Varianten immer wieder herangezogen. So wird z.B. Folter vorgenommen, um die Explosion einer in einem großen Krankenhaus,²⁵ in einem Flugzeug mit mehr als 300 Passagieren²⁶ oder auf der Manhattan-Insel²⁷ versteckten Zeitbombe, oder um die Detonation einer im Zentrum von Paris,²⁸ von New York²⁹ oder anderswo in einer großen Stadt gelegten Atombombe³⁰ oder sogar von jeweils in den zehn bevölkerungsreichsten US-amerikanischen Städten deponierten Wasserstoffbomben³¹ rechtzeitig zu verhindern.³²

²² Vgl. *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 252 (2010).

²³ Vgl. *Schlesinger* u.a., Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations, August 2004, Appendix H, S. 2: "For the U.S., most cases for permitting harsh treatment for detainees on moral grounds begin with variants of the 'ticking time bomb' scenario."

²⁴ Vgl. *Mayer*, Whatever It Takes, New Yorker, 19 Feb. 2007. Deutsche Übersetzung zitiert nach *Arnold*, Medienheft, Juni 2007 (http://www.medienheft.ch/kritik/bibliothek/k07_MayerJane.pdf).

²⁵ Vgl. *Quinton*, The Listener, 2 Dec. 1971, S. 758. Zit. nach *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 346 n. 2 (1973).

²⁶ Vgl. *Bagaric/Clarke*, 39 U.S.F. L. Rev. 581, 583 (2005).

²⁷ Vgl. *Levin*, The Case for Torture, Newsweek, 17 June 1982, S. 13.

²⁸ Vgl. *Shue*, 7 Phil. & Pub. Aff. 124, 141 (1978).

²⁹ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 269, 273 (2003).

³⁰ Vgl. *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 346 (1973); *Parry/White*, 63 U. Pitt. L. Rev. 743, 760 (2002).

³¹ Vgl. *Himma*, in: Lee (ed.), Intervention, S. 237.

³² Weitere Beispiele finden sich bei *Ginbar*, Torture, S. 357 ff.

Nach *Dershowitz* handelt es sich bei der *ticking time bomb*-Hypothese um eine Situation, in der sich ein festgenommener Terrorist weigert, Informationen über die unmittelbar bevorstehende Verwendung von Massenvernichtungswaffen, wie etwa Atom-, Chemie- oder biologischen Bomben, die tausende Bürger töten oder verletzen können, zu verraten.³³ Vereinzelt wird zudem verlangt, dass der Beweis dafür, dass der festgenommene Täter relevante Informationen erhält, für dessen Verurteilung reichen würde. Darüber hinaus müsste es gute Gründe für die Überzeugung geben, dass der Täter unter Androhung oder Zufügung von Folter die wahren Informationen preisgeben wird, dass sich diese Informationen nicht durch ein anderes Mittel erpressen lassen, dass durch das schnelle Gewinnen dieser Informationen die Bombe wahrscheinlich vor ihrer Explosion entschärft werden kann und dass die durch Folter verursachten Schäden bei dem Täter und andere Konsequenzen nicht schlimmer als die Verluste aus der Explosion der Bombe sind.³⁴

Im Grunde genommen lassen sich trotz zahlreicher Unterschiede im Detail drei gemeinsame Elemente der *ticking time bomb*-Hypothese feststellen: Dabei wird das Leben einer Vielzahl von Menschen gefährdet; die Katastrophe steht nahe bevor, weshalb die Zeit von entscheidender Bedeutung ist; ein Terrorist, der die erforderlichen Informationen zur Verhinderung dieser Katastrophe besitzt, ist festgenommen worden.³⁵

Über die Frage, wie die Rettungsfolter in einer solchen *ticking time bomb*-Situation rechtlich zu bewerten ist, herrscht auch in den USA heftiger Streit. Ein Teil der Literatur plädiert für eine gesetzliche Legitimation der Folter zur Rettung von Leben³⁶ oder zumindest für die Zulässigkeit der Rettungsfolter im Einzelfall

³³ Vgl. *Dershowitz*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 259.

³⁴ Vgl. *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 346–347 (1973): “It is believed that an atomic bomb has been placed somewhere in a major city with a timing device attached to it. X, who is believed to have information about the location of the bomb, has been captured. The following conditions are satisfied: (1) The evidence in support of the contention that he has the relevant information would satisfy the requirement of evidence for convicting him of an offence. (2) There are reasonable grounds for believing that no other means would have the effect of compelling him to tell the truth. (3) There are reasonable grounds for believing that no other means would have the effect of compelling him to tell the truth. (4) There are reasonable grounds for believing that if the information is obtained quickly, there is a good chance of defusing the bomb before it goes off. (5) There are reasonable grounds for believing that the likely damage to be caused by the bomb will include death of many citizens, the maiming of others, including the infliction of much more severe pain on others with much more lasting effect than will be the effect of the infliction of torture on the person who has been captured. (6) There are reasonable grounds for the believing that the torturing will not have consequences (e.g. retaliation by X’s friends) which would be worse than the damage likely to result from the bomb going off.”

³⁵ Vgl. *Bufacchi/Arrigo*, 23 J. Applied Phil. 355, 358 (2006).

³⁶ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671 (2006).

mit der Genehmigung des Gerichts.³⁷ Es sprechen sich auch einige Autoren für eine strafrechtliche *justification* der Rettungsfolter durch die *self-defense* oder die *defense of necessity* aus.³⁸ Dahingegen soll nach einem anderen Teil der Literatur das absolute Folterverbot selbst in der *ticking time bomb*-Situation durchgesetzt werden.³⁹ Der folternde Polizeibeamte kann somit höchstens aufgrund einer *excuse*⁴⁰ oder durch *prosecutorial discretion*, *executive clemency* oder sogar *jury nullification* von Strafe befreit werden.⁴¹

II. Gegenstand der Untersuchung

Die Folterdebatte lässt sich auf verschiedenen Ebenen führen. So bezieht sich der Streit über die Rettungsfolter nicht nur auf deren rechtliche Bewertung. Auch aus ethischer Perspektive ist umstritten, ob sie unter Umständen moralisch geboten sein könnte.⁴² Aber selbst im Rahmen der Rechtswissenschaft kann die Rettungsfolter jeweils im Öffentlichen Recht, im Strafrecht oder im Strafprozessrecht diskutiert werden. Es ist hier also nicht möglich, alle für dieses Thema relevanten Fragen eingehend zu erörtern. Daher konzentriert sich diese Arbeit nur auf die strafrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit der Rettungsfolter und die damit verbundene verfassungs- und polizeirechtliche Problematik sowohl in Deutschland als auch in den USA. Vor allem wird hier der Frage nachgegangen, ob die Rettungsfolter in beiden Ländern durch Notwehr oder Notstand gerechtfertigt werden kann. Zwar findet in den USA die Folterdebatte meistens vor dem Hintergrund der globalen Terrorismusbekämpfung statt. In Deutschland stellt die Zulässigkeit der Rettungsfolter aber vor allem eine Frage der innerstaatlichen Kriminalitätsbekämpfung dar. Aus die-

³⁷ Vgl. *Dershowitz*, Terrorism, S. 158 ff.; *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013, 2043–2050 (2003).

³⁸ Vgl. Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002). S. 39 ff.; *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1631 (2007); *Moore*, 23 Isr. L. Rev. 280 (1989); *Parry*, in: Levinson (ed.), Torture, S. 158; *Parry/White*, 63 U. Pitt. L. Rev. 761, 764 (2002); *Raviv*, 13 Geo. Mason L. Rev. 135, 162–168 (2004). Wohl auch *R. Posner*, in: Levinson (ed.), Torture, S. 291 ff.

³⁹ Vgl. *Crocker*, 61 S.M.U. L. Rev. 221, 279 (2008); *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 284 (2010); *Kutz*, 95 Cal. L. Rev. 235 (2007); *Luban*, in: Greenberg (ed.), Torture Debate, S. 35 ff.; *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 271–273 (2003); *Waldron*, Torture, S. 217 ff.

⁴⁰ Vgl. *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193 (2010).

⁴¹ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1523–1524 (2004).

⁴² So wird z.B. die Zulässigkeit der Rettungsfolter mit Rücksicht auf die Maxime „der gute Zweck heiligt nicht das schlechte Mittel“ verneint von *Lamprecht*, Darf der Staat foltern?, S. 248; *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 521; *Rosenau*, in: Ostendorf (Hrsg.), Folter, S. 35 ff. Hingegen ist etwa *Brunkhorst*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 97 f. der Meinung, dass die Rettungsfolter ggf. moralisch erlaubt ist.

sem Grund beschränkt sich die vorliegende Untersuchung auf die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter in der innerstaatlichen Rechtsordnung. Auf die Problematik des Völkerrechts, insbesondere auf die Zulässigkeit der Folter im sogenannten *war on terror* wird nur insoweit eingegangen, als sie die innerstaatliche Rechtfertigung der Rettungsfolter beeinflusst. Nicht thematisiert wird die Frage, ob sich eine Privatperson, die durch Misshandlung des Angreifers ihr eigenes Leben oder das vieler anderer Menschen rettet, auf die strafrechtliche Rechtfertigung berufen kann. Denn die Definition der Folter setzt – wie unten zu zeigen ist – ein Tatbestandsmerkmal hinsichtlich des Tatsubjekts voraus, weshalb die von einer privaten Person ausgeführte Aussageerzwingung nicht schon als (Rettungs-)Folter qualifiziert werden kann.

III. Ziel der Untersuchung

Die Untersuchung verfolgt vor allem den Zweck, den Streit- und Meinungsstand sowohl in Deutschland als auch in den USA zusammenzufassen und durch den Vergleich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich der strafrechtlichen Rechtfertigung der Rettungsfolter zwischen den beiden Rechtsordnungen zu veranschaulichen. Dadurch soll gezeigt werden, dass zwischen beiden Ländern zahlreiche grundlegende Unterschiede sowohl in Bezug auf das materielle Strafrecht als auch auf das Verfassungsrecht bestehen, die sich auf die rechtliche Bewertung der Rettungsfolter auswirken. Die verschiedenen Lösungen in Deutschland und den USA spiegeln also nicht nur ein unterschiedliches Verständnis der strafrechtlichen Rechtfertigung, sondern auch unterschiedliche fundamentale Wertentscheidungen der Verfassung in beiden Ländern wider. Als weiteres Ziel dieser Untersuchung gilt es, die Gründe für diese beträchtlichen Differenzen zwischen beiden Ländern zu ermitteln und die unterschiedlichen Lösungen zu bewerten. So soll festgestellt werden, dass in einem Rechtsstaat das Strafrecht auch in extremen Fällen Grenzen hat. Die vor allem anlässlich der Terrorismusbekämpfung aufgekommene Tendenz zur Erweiterung und Entgrenzung des Strafrechts soll daher keinen Beifall verdienen.

IV. Methode und Gang der Untersuchung

Wegen der verschiedenen Entwicklungen der Rechtskultur und Rechtsquellen unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland wesentlich von der in den USA. Dies zeigt sich nicht nur durch die unterschiedlichen Voraussetzungen der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, sondern auch durch die jeweils anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen in den beiden Ländern. Angesichts dessen fällt bei

der vorliegenden Untersuchung die funktionale Betrachtungsweise besonders ins Gewicht. Ausgangspunkt der Vergleichung bildet nicht das Rechtsproblem als solches, sondern das zugrunde liegende Sachproblem. Verglichen werden also nicht nur die Rechtsvorschriften der Notwehr und des Notstands, sondern auch die Lösungen der konkreten Rettungsfolterfälle sowie ihre Begründungen mit Rücksicht auf alle funktionalen Äquivalente der jeweiligen Rechtsordnung.

Die Untersuchung erfolgt in vier aufeinanderfolgenden Schritten. Zuerst werden die Definitionen der Folter sowohl in Deutschland als auch in den USA detailliert dargestellt und miteinander verglichen. Anschließend wird untersucht, ob die Rettungsfolter in Deutschland im Entführungsfall strafrechtlich zu rechtfertigen ist. Im dritten Schritt wird auf die strafrechtliche *justification* der Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation in der US-amerikanischen Rechtsordnung eingegangen. Schließlich werden die Lösungen in beiden Ländern zusammenfassend verglichen und bewertet.

Zweiter Teil

Definition der Rettungsfolter

Eine Untersuchung über die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter setzt freilich voraus, dass zunächst der Begriff klar definiert wird. Im Folgenden werden die Definitionen der Folter sowohl in Deutschland als auch in den USA eingehend dargestellt und verglichen. Danach wird der Begriff der Rettungsfolter bestimmt.

I. Allgemeine Definition der Folter

A. Die Definitionen in Deutschland und den USA

1. Der Folterbegriff in Deutschland

In Deutschland ist zwar in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften – wie etwa in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG und § 136a StPO – geregelt, dass die staatliche „Misshandlung“ einer festgehaltenen Person nicht zulässig ist. Ein spezifisches Folterverbot existiert aber nicht. Im Gegenteil: Das Wort „Folter“ wird im geltenden deutschen Recht nirgends gebraucht. In der „Folterdiskussion“ in Deutschland wird daher am häufigsten die Definition des Begriffs der Folter in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der UN-Antifolterkonvention¹ herangezogen.² Danach ist „Folter“ „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, z.B. 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 oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft

¹ Das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, in Kraft getreten am 26.6.1987.

² Siehe z.B. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 25; *Gössel*, FS für Otto, S. 45; *Marx*, KJ 2004, 283 f.; *Merten*, JR 2003, 405; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 41; *Norouzi*, JA 2005, 307; *Hilgendorf*, JZ 2004, 334; *Kretschmer*, RuP 2003, 106; *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 120 f.; *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 798; *Franke*, in: *Nitschke* (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 52; *Glaeser*, FS für Isensee, S. 512 f. Zur Entwicklung des Folterbegriffs siehe *Schroeder*, FS für Spinellis, S. 983 ff.

handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden“.³ Durch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 wird diese Definition jedoch wieder eingeschränkt:

„Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“⁴

2. Die Definitionen in den USA

Im Gegensatz dazu ist „Folter“ in den USA gesetzlich definiert. Die gesetzlichen Definitionen auf der Bundesebene richten sich jedoch nach dem Verständnis (*understanding*) des US-Senats für den Folterbegriff, das von diesem als einer der Vorbehalte zur UN-Antifolterkonvention⁵ bei deren Ratifizierung angebracht wurde,⁶ und entsprechen daher nicht wörtlich der Formulierung in Art. 1 UN-Anti-

³ Der englische Text lautet: “[T]orture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”

⁴ Vgl. den englischen Text: “It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”

⁵ Hier wird zwar der Begriff „Vorbehalt“ (*reservation*) nicht gebraucht, ein solches Verständnis (*understanding*) ist dennoch als Vorbehalt i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. d) WVRK anzusehen. Denn dadurch wird auch die Rechtswirkung bestimmter Regelungen der UN-Antifolterkonvention in der Anwendung auf die USA geändert. Vgl. *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 838 n. 57 (2012).

⁶ Vgl. U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 138 Cong. Rec. S17486-01 (daily ed., 27 Oct. 1990), hinsichtlich der Folterdefinition in der UN-Antifolterkonvention: “II. The Senate’s advice and consent is subject to the following understandings, which shall apply to the obligations of the United States under this Convention:

(1)(a) That with reference to Article 1, the United States understands that, in order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from: (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

(b) That the United States understands that the definition of torture in Article 1 is intended to apply only to acts directed against persons in the offender’s custody or physical control.

(c) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that ‘sanctions’ includes judicially imposed sanctions and other enforcement actions authorized by United States law or by judicial interpretation of such law. Nonetheless, the

folterkonvention. So stellt nach 18 U.S.C. § 2340 (1), der vor allem zur Begrenzung des strafrechtlichen Tatbestands in 18 U.S.C. § 2340A dient, eine solche Handlung Folter dar, die von einer Person unter Ausnutzung staatlicher Autorität (*under the color of law*) mit dem besonderen Vorsatz (*specifically intended*) vorgenommen wird, einer anderen Person in ihrem Gewahrsam oder unter ihrer physischen Kontrolle große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zuzufügen, welche nicht mit gesetzlich zulässigen Sanktionen verbunden sind.⁷ In § 2340 (2) werden „große seelische Schmerzen oder Leiden“ weiter definiert als „anhaltende seelische Schäden“ (*prolonged mental harm*), die ausschließlich⁸ durch Misshandlungen aus den dort aufgelisteten vier Kategorien, wie etwa vorsätzliche (*intentional*) Zufügung oder Androhung von Zufügung großer körperlicher Schmerzen oder Leiden, Anwendung von halluzinogenen Mitteln (*mind-altering substances*) oder Androhung von deren Einsatz, Androhung von unmittelbar bevorstehendem Tod oder durch die Androhung, dass eine andere Person bald dem Tod, großen körperlichen Schmerzen oder Leiden oder der Anwendung halluzinogener Mittel unterworfen wird, verursacht werden oder aus diesen resultieren.⁹

Eine ähnliche Folterdefinition findet sich in § 3 (b)(1) Torture Victim Protection Act of 1991 (TVPA), der in 28 U.S.C. § 1350 (Note) zur Feststellung der Gerichtsbarkeit für die von Ausländern erhobenen Zivilklagen kodifiziert ist. Danach ist

United States understands that a State Party could not through its domestic sanctions defeat the object and purpose of the Convention to prohibit torture.

(d) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that the term ‘acquiescence’ requires that the public official, prior to the activity constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his legal responsibility to intervene to prevent such activity.

(e) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that noncompliance with applicable legal procedural standards does not per se constitute torture.”

Siehe auch S. Exec. Rep. No. 101-30, 36 (1990); 1830 U.N.T.S. 320 (21 Oct. 1994).

⁷ Vgl. 18 U.S.C. § 2340 (1): “[T]orture’ means an act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control.”

⁸ Vgl. Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 13; *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 28–29 (2009).

⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 2340 (2): “[S]evere mental pain or suffering’ means the prolonged mental harm caused by or resulting from –

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.”

Folter jede Handlung, die sich gegen ein Individuum im Gewahrsam des Täters oder unter seiner physischen Kontrolle richtet und durch die diesem Individuum große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden – welche sich nicht lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören und damit verbunden sind – vorsätzlich (*intentionally*) zugefügt werden, z.B. um von diesem Individuum oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um dieses Individuum für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihm oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um es oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen, auf irgendeine Art von Diskriminierung beruhendem Grund.¹⁰ In TVPA § 3 (b)(2) werden „seelische Schmerzen oder Leiden“ wiederum mit fast demselben Wortlaut wie in 18 U.S.C. § 2340 (2) auf „anhaltende seelische Schäden“ beschränkt.¹¹

Des Weiteren lässt sich im Kontext des Asylrechts noch dem 8 C.F.R. (Code of Federal Regulations) § 208.18 (a) ein Folterbegriff entnehmen. Die Regelung in 8 C.F.R. § 208.18 (a)(1) entspricht fast wörtlich der in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention. Nach 8 C.F.R. § 208.18 (a)(3) werden Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind, auch vom Folterbegriff ausgeschlossen. Selbst die Todesstrafe wird somit nicht als Folter angesehen. In 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) werden auch „seelische Schmerzen oder Leiden“ genauso wie in 18 U.S.C. § 2340 (2) und TVPA § 3 (b)(2) definiert.¹²

Schließlich wird der Folterbegriff auch in den USA im militärischen Zusammenhang geregelt. So findet sich sowohl – hinsichtlich der Zuständigkeit der *military commission* – in 10 U.S.C. § 950T (11)¹³ als auch – in Bezug auf Kriegsverbrechen

¹⁰ Vgl. TVPA § 3 (b)(1) in 28 U.S.C. § 1350 (note): “[T]orture’ means any act, directed against an individual in the offender’s custody or physical control, by which severe pain or suffering (other than pain or suffering arising only from or inherent in, or incidental to, lawful sanctions), whether physical or mental, is intentionally inflicted on that individual for such purposes as obtaining from that individual or a third person information or a confession, punishing that individual for an act that individual or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing that individual or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind.”

¹¹ Vgl. TVPA § 3 (b)(2) in 28 U.S.C. § 1350 (note).

¹² Vgl. 8 C.F.R. § 208.18 (a)(1), (a)(3) & (4).

¹³ Vgl. 10 U.S.C. § 950T (11) Torture: “(A) Offense. – Any person subject to this chapter who commits an act specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control for the purpose of obtaining information or a confession, punishment, intimidation, coercion, or any reason based on discrimination of any kind, shall be punished, if death results to one or more of the victims, by death or such other punishment as a military commission under this chapter may direct, and, if death does not result to any of the victims, by such punishment, other than death, as a military commission under this chapter may direct.

(B) Severe mental pain or suffering defined. – In this paragraph, the term ‘severe mental pain or suffering’ has the meaning given that term in section 2340 (2) of title 18.”

(*war crime*) – in 18 U.S.C. § 2441 (d)(1)(A)¹⁴ jeweils eine Folterdefinition. Deren Wortlaut ist jedoch ähnlich wie der in den oben genannten Vorschriften, weshalb sich eine weitere Erklärung erübrigt.

Auch in manchen Bundesländern der USA wird der Begriff der Folter im Strafbuch ausdrücklich bestimmt. In New York wird „Folter“ z.B. definiert als „vorsätzliche (*intentional*) und verwerfliche Zufügung von extremen körperlichen Schmerzen“.¹⁵ In einigen anderen Bundesländern wird der Folterbegriff zwar rechtlich nicht ausdrücklich festgelegt. Es gibt dort jedoch eine spezifische Vorschrift über die Strafbarkeit der Folter, in der die Tathandlung „Folter“ umschrieben wird. So ist z.B. in California geregelt, dass jede Person wegen Folter schuldig ist, wenn sie „mit dem Vorsatz [*with the intent*] auf die Verursachung grausamer oder extremer Schmerzen und Leiden, zum Zweck der Rache, Erpressung, Überzeugung oder zu jedem sadistischen Zweck einer anderen Person eine schwere Körperverletzung zufügt“.¹⁶

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Definitionen von Folter in Deutschland und in den USA – wie der oben zitierte Wortlaut in verschiedenen Gesetzestexten schon zeigt – nicht völlig identisch sind. Trotz einiger Unterschiede beinhaltet aber andererseits der Folterbegriff in den USA, insbesondere der auf der Bundesebene, auch den wesentlichen Kern der Definition in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention.¹⁷ Aus den Definitionen in beiden Ländern ergeben sich wesentliche Tatbestandsmerkmale der Folter.

B. Der objektive Tatbestand

In objektiver Hinsicht setzt Folter eine Folterhandlung bzw. die Zufügung großer körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden voraus. Zudem muss sich die

¹⁴ Nach 18 U.S.C. § 2441 (d)(1)(A) wird Folter definiert als: “The act of a person who commits, or conspires or attempts to commit, an act specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control for the purpose of obtaining information or a confession, punishment, intimidation, coercion, or any reason based on discrimination of any kind.”

¹⁵ Vgl. N.Y. Pen. Law § 125.27 1(a)(x): “[T]orture’ means the intentional and depraved infliction of extreme physical pain.”

¹⁶ Vgl. Cal. Pen. Code § 206: “Every person who, with the intent to cause cruel or extreme pain and suffering for the purpose of revenge, extortion, persuasion, or for any sadistic purpose, inflicts great bodily injury [...] upon the person of another, is guilty of torture.”

¹⁷ Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 14 (2009).

Folterhandlung gegen eine andere Person in Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle des Täters richten und dem Staat zurechenbar sein.

1. Tathandlung

a) Zufügung körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden

aa) Körperliche Schmerzen oder Leiden

Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention ist die Folterhandlung durch Zufügung großer körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden gekennzeichnet. Unproblematisch ist daher, dass eine Handlung zumindest dann in objektiver Hinsicht als Folter zu qualifizieren ist, wenn dadurch große körperliche Schmerzen oder Schäden verursacht werden. Aus den oben genannten Regelungen in New York und California ergibt sich auch, dass die Zufügung extremer körperlicher Schmerzen oder schwerer Körperverletzung unter den Folterbegriff fällt. Zwar lassen sich „Schmerz“ und „Leid“ nicht begrifflich ganz klar differenzieren und sie treten in der Tat in den Folterdefinitionen sowohl in Deutschland als auch in den USA häufig zusammen auf. Die Ansicht in den USA, nach der die beiden als ein einziger Begriff anzusehen seien¹⁸ und ohne körperliche Schmerzen auch keine körperlichen Leiden vorliegen könnten,¹⁹ geht jedoch fehl. Vielmehr sind körperliche Leiden ohne Schmerzen durchaus vorstellbar. Dies ist z.B. der Fall, wenn das Opfer unter unerträglicher Kälte oder Hitze leidet oder kaum atmen kann.²⁰ Somit muss davon ausgegangen werden, dass auch körperliche Leiden als solche unter Umständen zur Bejahung des Vorliegens von Folter genügen können.²¹

bb) Androhung der Schmerzzufügung

Umstritten ist zudem, ob die Androhung der Zufügung großer körperlicher Schmerzen ebenfalls als Folter anzusehen ist. Der Ansicht, nach der diese Frage zu

¹⁸ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002), S. 6 Fn. 3.

¹⁹ Vgl. Memorandum for John Rizzo, Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency, Interrogation of al Qaeda Operative (1 Aug. 2002), S. 11. Danach ziehe die sog. *waterboarding* keine körperlichen Leiden nach sich, denn dabei lägen keine körperlichen Schmerzen oder Schäden vor.

²⁰ Vgl. *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 830 (2012).

²¹ Vgl. Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 12. Dabei wird aber verlangt, dass die körperlichen Leiden i.S.d. Folterdefinition eine gewisse Zeit andauern müssen. Dies überzeugt nicht. Denn in den USA werden zwar seelische Schmerzen oder Leiden auf „anhaltende seelische Schäden“ beschränkt, eine solche gesetzliche Einschränkung für die körperlichen Leiden liegt jedoch nicht vor.

verneinen ist,²² ist hier nicht zu folgen. Zu Recht weist *Prittwitz* an dieser Stelle darauf hin, dass es sich bei der Folter nicht in erster Linie um die Zufügung von Schmerzen handelt, sondern um die Willensbrechung, die damit einhergeht.²³ Da die Gewaltandrohung zwangsläufig ein psychisches Leiden bei dem Bedrohten verursachen wird²⁴ und dadurch seine Freiheit der Willensentschließung beeinträchtigen kann,²⁵ muss sie nach der überwiegenden Ansicht im deutschen Schrifttum zu Recht auch unter den Folterbegriff fallen.²⁶ Der BGH hat „psychische Misshandlungen“ ebenfalls als Folter erachtet.²⁷ Nichts anderes ergibt sich aus der Entscheidung des EGMR, in der das Gericht auf die Definition der Folter in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention hingewiesen hat.²⁸ Demnach hat der EGMR offenbar angenommen, dass die Folter keinen unmittelbaren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit voraussetzt.²⁹ In der Tat hat der EGMR neuerdings auch ausdrücklich hervorgehoben, dass die Androhung von Folter selbst als Folter anzusehen ist und dass insbesondere die Angst vor physischer Folter seelische Folter sein kann.³⁰

Genauso ist es auch in den USA. In der US-amerikanischen Literatur wird zum Teil sogar die Ansicht vertreten, dass eine Differenzierung zwischen körperlichen und seelischen Schmerzen unhaltbar sei. Denn alle Schmerzen seien schließlich unangenehme Empfindung und daher subjektiver bzw. psychologischer Natur.³¹ Manchmal wird dieses Ergebnis auch umgekehrt begründet: Jeder Zwang wirke

²² Vgl. *Herzberg*, JZ 2005, 325; *Merkel*, FS für Jakobs, S. 401. Wohl auch *Erb*, FS für Seebode, S. 116 Fn. 65, der die Drohungen im Vergleich zur Körperverletzung als Bagatelle einstuft. Für diese Ansicht tritt ferner *Schroeder*, ZRP 2003, 180 ein, obwohl er an anderer Stelle die Nichteinbeziehung der Drohung mit erheblichen Schmerzen oder Leiden als „eine überraschende und schwerwiegende Lücke“ der Folterdefinition kritisiert (*ders.*, FS für Spinellis, S. 999). Siehe weiter *Eser*, FS für Hassemer, S. 719 ff. Danach soll Androhung von körperlichen oder seelischen Übeln zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr keine Folter darstellen.

²³ Vgl. *Prittwitz*, FS für Herzberg, S. 521; so auch *Jäger*, JA 2008, 680. Ähnlich *Greco*, GA 2007, 628 Fn. 2, der als maßgeblichen Gesichtspunkt der Folter nicht die Zufügung von Schmerzen, sondern vielmehr die Ausübung der vollständigsten Herrschaft über einen Menschen erachtet.

²⁴ Vgl. dazu *Neuhaus*, GA 2004, 532, Fn. 70. Dagegen verneint *Herzberg*, JZ 2005, 325 bei der Androhung von Schmerzen ein seelisches Leiden, solange der Bedrohte „die Ausflucht des Nachgebens“ nicht als „verschlossen“ ansieht.

²⁵ Vgl. *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 801.

²⁶ Vgl. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 42; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 25 f.; *Kretschmer*, RuP 2003, 107; *Hilgendorf*, JZ 2004, 334; *Breuer*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 13; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 200.

²⁷ Vgl. BGHSt 46, 292, 303.

²⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.7.1999 - 25803/94 (*Selmouni v. Frankreich*), NJW 2001, 59 f.; *Esser*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 150.

²⁹ Vgl. Frowein/Peukert-Frowein, Art. 3 Rdn. 6.

³⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3146.

³¹ Vgl. *Mayerfeld*, 20 Harv. Hum. Rts. J. 89, 130 (2007).

sich letztlich auf das Gehirn aus; selbst seelische Schmerzen würden durch den Angriff auf das Nervensystem ausgelöst und wirkten daher eigentlich auch körperlich.³² Überzeugend sind diese Ansichten jedoch nicht. Denn körperliche und seelische Schmerzen oder Leiden hinsichtlich der Folterdefinition im rechtlichen Sinne werden gerade nicht naturwissenschaftlich verstanden. Sie lassen sich eher nach deren jeweiliger alltagssprachlicher Bedeutung voneinander unterscheiden: Während körperliche Schmerzen oder Leiden einen Körperteil bzw. die Beeinträchtigung körperlicher Unversehrtheit betreffen, geht es bei den seelischen um einen emotionalen Zustand bzw. rein psychische Einwirkung.³³

Dieser Streit kann hier allerdings dahingestellt bleiben. Denn das US-amerikanische Recht erkennt grundsätzlich sowohl physische als auch psychologische bzw. seelische Folter an. In 18 U.S.C. § 2340 (1), TVPA § 3 (b)(1) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(1) kommt z.B. zum Ausdruck, dass für das Vorliegen von Folter die Zufügung großer seelischer Schmerzen oder Leiden ausreicht. Nach 18 U.S.C. § 2340 (2), TVPA § 3 (b)(2) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) bedeuten „seelische Schmerzen oder Leiden“ „anhaltende seelische Schäden“ (*prolonged mental harm*), die nicht zuletzt durch die Bedrohung des Opfers oder einer anderen Person mit Zufügung großer körperlicher Schmerzen oder Leiden oder mit dem Tod verursacht werden. Daher wird die Gewaltandrohung auch in den USA vom Folterbegriff miteingefasst.³⁴ Diese Auffassung vertritt ebenfalls die US-amerikanische Rechtsprechung.³⁵

b) Eingriffsschwelle der Folter

aa) „Große“ Schmerzen oder Leiden

Ein weiteres Problem besteht darin, ob die Feststellung von Folter ein bestimmtes Maß an zugefügten körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden vo-

³² Vgl. *Jacobs*, in: Ojeda (ed.), *Trauma of Psychological Torture*, S. 164 f.; *Fields*, in: Ojeda (ed.), *Trauma of Psychological Torture*, S. 139. Zit. nach *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 829 n. 22 (2012).

³³ Vgl. dazu *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 830 (2012). Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass eine bestimmte Misshandlung gleichzeitig körperliche und seelische Schmerzen oder Leiden verursachen kann.

³⁴ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1596 (2007).

³⁵ Vgl. nur *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322, 1346 (N.D. Ga. 2002); *Hale v. Gibson*, 227 F.3d 1298, 1335 (10th Cir. 2000). So ist es auch in der Rechtsprechung vieler Bundesstaaten, vgl. *State v. Cross*, 308 N.W.2d 25, 27 (Iowa 1981): “[T]orture’ ordinarily means ‘the intentional infliction of pain (either) mental or physical’”; siehe weiter *State v. White*, 668 N.W.2d 850, 856–857 (Iowa 2003) m.w.N.

raussetzt. Diese Frage ist – im Gegensatz zu einem von *Bentham* im 18. Jahrhundert vertretenen, umfassenden Folterbegriff³⁶ – zu bejahen.³⁷

Wie der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention klarstellt, ist die Folter von grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlungen oder Strafen zu unterscheiden. Seit seiner Entscheidung vom 18. Januar 1978³⁸ geht auch der EGMR immer von einem graduellen Unterschied zwischen Folter und unmenschlicher Strafe oder erniedrigender Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK aus.³⁹ Danach können erst „Misshandlungen, die sehr starke und grausame Leiden verursachen“, als Folter eingestuft werden.⁴⁰ Daher hat der EGMR das Verhalten der Polizeibeamten im „Daschner-Fall“, das in Deutschland üblicherweise als Folter bezeichnet wird, nicht unter „Folter“, sondern nur unter „unmenschliche Behandlung“ subsumiert.⁴¹ Auch der BGH hat in seiner Entscheidung bei der Definition der Folter die „Schwere“ der körperlichen oder psychischen Misshandlung betont.⁴²

Das Gleiche gilt in den USA. Nicht nur in 18 U.S.C. § 2340 (1) und TVPA § 3 (b)(1) ist geregelt, dass dem Opfer „große“ (*severe*) Schmerzen oder Leiden zugefügt werden müssen, in 8 C.F.R. § 208.18 (a)(2) wird sogar ausdrücklich vorgesehen, dass Folter eine extreme Form von grausamer und unmenschlicher Behandlung darstellt und dass die weniger schweren Formen einer solchen Behandlung

³⁶ Die Definition von Folter bei *Bentham* lautet: “Torture, as I understand it, is where a person is made to suffer any violent pain of body in order to compel him to do something or to desist from doing something which done or desisted from the penal application is immediately made to cease.” (Vgl. *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 309 [1973]) Obwohl er das Wort *violent* zur Einschränkung der Schmerzen verwandte, meinte er damit jedoch nur die Plötzlichkeit des Angriffs. Daher stelle das Kneifen eines Kindes, um es vom Spielen mit einem bestimmten Ding abzuhalten, auch Folter dar. Vgl. *Waldron*, 105 Colum. L. Rev. 1681, 1697–1698 (2005).

³⁷ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 20 Rdn. 27 f.

³⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 18.1.1978 - 5310/71 (*Ireland v. the United Kingdom*).

³⁹ Vgl. *Demko*, HRRS 2005, 101; *Guckelberger*, VBIBW 2004, 123; EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 16.

⁴⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.7.1999 - 25803/94 (*Selmouni v. Frankreich*), NJW 2001, 59 f.

⁴¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NSTz 2008, 700; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3146. Zu den Meinungen im Schrifttum, die das Verhalten der Polizeibeamten im „Daschner-Fall“ wegen der mangelnden Intensität nicht für Folter halten, siehe *Hilgendorf*, JZ 2004, 334; *Kretschmer*, RuP 2003, 107; *Bertram*, RuP 2005, 247; *Schulz*, in: Lenzen (Hrsg.), Folter, S. 87. A.A. *Marx*, KJ 2004, 285, der zwar befürwortet, dass die Definition der Folter einen bestimmten Grad der Schmerzzufügung benötigt, abweichend von den oben genannten Autoren jedoch die Auffassung vertritt, dass polizeiliche Misshandlungen stets den erforderlichen Schweregrad der Folterhandlung erreichen müssten.

⁴² Vgl. BGHSt 46, 292, 303.

oder Strafe nicht vom Folterbegriff erfasst werden.⁴³ Nach N.Y. Pen. Law § 125.27 1(a)(x) und Cal. Pen. Code § 206 setzt Folter auch die Zufügung extremer oder grausamer körperlicher Schmerzen und Leiden voraus. Die US-amerikanische Rechtsprechung geht ebenfalls davon aus, dass nach Art. 1 und 16 UN-Antifolterkonvention zwischen „Folter“ und „anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlungen oder Strafen“ differenziert werden soll⁴⁴ und dass „Folter“ eine Bezeichnung ist, die in der Regel nur extremen und ungewöhnlich grausamen Misshandlungen vorbehalten wird, wie z.B. dauerndes, systematisches Schlagen, Verabreichung elektrischer Schocks an empfindlichen Körperteilen und Fesseln oder Aufhängen in Körperhaltungen, die extreme Schmerzen verursachen.⁴⁵ Denn nur solche Misshandlungen werden der universalen Verdammung gerecht, die der Terminus „Folter“ suggeriert und verursacht.⁴⁶ Gerade das Maß an zugefügten Schmerzen oder Leiden stellt also das Kennzeichen der Folter dar.⁴⁷ Teilweise wird dieses Maß an Schmerzen und Leiden, die der Täter dem Opfer vorsätzlich zuzufügen versuchte oder tatsächlich zugefügt hat, in der Rechtsprechung sogar als „entscheidende Frage“ für das Vorliegen von Folter hervorgehoben. Daher können nur Misshandlungen mit bestimmter Schwere als Folter betrachtet werden. Selbst eine Körperverletzung gegen Individuen im polizeilichen Gewahrsam ist nicht immer als Folter anzusehen.⁴⁸

Aus diesen Gründen ist der Auffassung in der Literatur zuzustimmen, dass Folter einen schweren Grad bzw. eine hohe Intensität der Misshandlung voraussetzt.⁴⁹

⁴³ Vgl. 8 C.F.R. § 208.18 (a)(2): “Torture is an extreme form of cruel and inhuman treatment and does not include lesser forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment that do not amount to torture.”

⁴⁴ Vgl. *Cadet v. Bulger*, 377 F.3d 1173, 1194 (11th Cir. 2004): “The definition in CAT draws a critical distinction between ‘torture’ and ‘other acts of cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment’.”

⁴⁵ Vgl. *Price v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 92–93 (D.C. Cir. 2002); *Doe v. Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258, 1315 (N.D. Cal. 2004).

⁴⁶ Vgl. *Stewart*, 15 Nova L. Rev. 449, 455 (1991). Bereits Anfang der 1980er Jahre hat die US-amerikanische Rechtsprechung festgestellt, dass das Recht, nicht der Folter unterworfen zu werden, universal von allen Ländern anerkannt wird (vgl. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 882, 885, 890 [2d Cir. 1980]).

⁴⁷ Vgl. *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463, 472 (3d Cir. 2003): “The severity of the pain and suffering inflicted is a distinguishing characteristic of torture.”; *Kaita v. Attorney General of the United States*, 522 F.3d 288, 300 (3d Cir. 2008): “The distinguishing feature of torture is the severity of pain inflicted.”

⁴⁸ Vgl. *Price v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 92–93 (D.C. Cir. 2002).

⁴⁹ Siehe *Norouzi*, JA 2005, 306; *Hilgendorf*, JZ 2004, 334; *Kretschmer*, RuP 2003, 106 f.; *Marx*, KJ 2004, 285. Hingegen sieht *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 26 f. dies nur als „ein zweitrangiges terminologisches Problem“ an, weil die Schmerzzufügung, die nicht als „Folter“ eingestuft werden kann, sowieso als erniedrigende oder unmenschliche Behandlung gleichfalls verboten ist. Daher sei der Unterschied „für die rechtliche Beurteilung des Falles letztlich nicht relevant“. Siehe so ähnlich *Schild*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 89 f.

bb) Konkretisierung in der Rechtsprechung

(1) Die Rechtsprechung des EGMR

Für die Feststellung, ob die Eingriffsschwelle der Folter erreicht ist, stellt der EGMR immer auf eine Einzelfallprüfung ab.⁵⁰ In Betracht kommende Umstände sind vor allem die Dauer der Behandlung, ihre physischen und psychischen Wirkungen, manchmal auch das Geschlecht, das Alter und der Gesundheitszustand des Opfers usw.⁵¹ Unlängst hat der EGMR nochmals betont, dass die Bewertung, ob die Androhung körperlicher Folter auch seelische Folter ist, von der Gesamtheit aller Umstände des Einzelfalls abhängt, und insbesondere von der Intensität des ausgeübten Drucks und des dadurch ausgelösten psychischen Leidens.⁵² Inzwischen spricht der EGMR in folgenden Fällen von Folter: Aufhängen an den Armen, die hinter dem Rücken zusammengebunden sind, mit der Folge, dass die Arme des Inhaftierten anschließend für längere Zeit gelähmt sind;⁵³ Vergewaltigung eines weiblichen Häftlings durch die Polizei;⁵⁴ Verabreichung elektrischer Schocks und von Schlägen mit der Folge eines Knochenbruchs;⁵⁵ Vielzahl von Schlägen mit der Folge von Prellungen, Verletzungen, Blutergüssen und Narben sowie von Kopfschmerzen, Ziehen an den Haaren, um den Häftling zum Laufen zu zwingen, Androhung von Verbrennungen mittels einer Lötlampe usw.⁵⁶

Folter wurde jedoch verneint, wenn das Opfer an den Handgelenken so mit einem Draht gefesselt wurde, dass der Draht die Haut aufgeschnitten hat,⁵⁷ und wenn die Polizeibeamten aus Rettungsabsicht dem Opfer nur zehn Minuten lang mit Misshandlung gedroht haben.⁵⁸ Auch der Einsatz der berühmten „fünf Techniken“, nämlich Gegen-die-Wand-Stehen (*wall-standing*), Überstreifen einer Kapuze (*hooding*), Einsatz von Lärm (*subjection to noise*), Entzug von Schlaf (*deprivation of sleep*), Entzug von Essen und Trinken (*deprivation of food and drink*), stellte nach der Entscheidung des EGMR im Jahr 1978 keine Folterpraxis, sondern nur unmenschliche und erniedrigende Behandlung dar, die jedoch ebenfalls gegen Art. 3 EMRK verstößt.⁵⁹ Zu beachten ist aber auch, dass die erforderliche Intensität

⁵⁰ Vgl. dazu *Demko*, HRRS 2005, 94 ff. Zu den Fällen, in denen Folter bejaht wird, siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 20 Rdn. 28; EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 29.

⁵¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.7.1999 - 25803/94 (*Selmouni v. Frankreich*), NJW 2001, 60.

⁵² Vgl. EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3146.

⁵³ Vgl. EGMR, Urteil vom 18.12.1996 - 21987/93 (*Aksoy v. Turkey*), § 64.

⁵⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 25.9.1997 - 23178/94 (*Aydin v. Turkey*), § 86.

⁵⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 8.7.1999 - 23657/94 (*Çakici v. Turkey*), § 92.

⁵⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.7.1999 - 25803/94 (*Selmouni v. Frankreich*), NJW 2001, 60.

⁵⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.3.2000 - 22535/93 (*Mahmut Kaya v. Turkey*), § 118.

⁵⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 700; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3146.

⁵⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 18.1.1978 - 5310/71 (*Ireland v. the United Kingdom*), §§ 96, 165 ff.

der Folter nach Auffassung des EGMR „dynamisch“ ist, weil „die Konvention ein lebendes Instrument ist, das im Licht der heutigen Verhältnisse ausgelegt werden muss“.⁶⁰ Daher können bestimmte, früher nicht als Folter eingestufte Handlungen in Zukunft angesichts der zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in einer demokratischen Gesellschaft unter den Folterbegriff subsumiert werden.⁶¹

(2) Die US-amerikanische Rechtsprechung

Da eine allgemeine Definition für „große“ Schmerzen oder Leiden nahezu unmöglich ist,⁶² prüfen die US-amerikanischen Gerichte auch mit Rücksicht auf alle relevanten Umstände im Einzelfall, ob eine bestimmte Misshandlung extrem schmerzhaft und grausam ist und daher als Folter qualifiziert werden soll. Die Faustregel lautet:

„Je intensiver, anhaltender oder ruchloser die Quälerei ist, desto wahrscheinlicher ist, sie als Folter anzusehen.“⁶³

Zu berücksichtigen sind also vor allem die Intensität, Dauer und Grausamkeit des Eingriffs.⁶⁴ Hinzu kommen noch die besonderen Eigenschaften und die Verletzlichkeit des Opfers. Insbesondere kann das Vorliegen von Folter angesichts der Kombination mehrerer Misshandlungen bejaht werden, die jeweils für sich mangels ausreichender Eingriffsintensität nicht als Folter zu qualifizieren sind.⁶⁵

In der US-amerikanischen Rechtsprechung wird Folter beispielsweise in folgenden Fällen angenommen: Inhaftierung des Opfers unter unmenschlichen Bedingungen – etwa in einer Haftzelle ohne Licht, Fenster, Wasser, Toilette, ohne ausreichende Nahrungsmittel und medizinische Fürsorge⁶⁶ – für mehrere Tage oder sogar mehr als ein Jahr,⁶⁷ worunter auch ständige, intensive Schläge und die Androhung von physischer Folter oder von anderen Misshandlungen fallen,⁶⁸ wiederholte Todesdrohungen, Schnitte in Arm und Rücken sowie Verabreichen von Be-

⁶⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 28.7.1999 - 25803/94 (*Selmouni v. Frankreich*), NJW 2001, 60.

⁶¹ Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 3 Rdn. 21.

⁶² Vgl. *Druce*, 6 Dartmouth L.J. 351, 356 (2008).

⁶³ *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 93 (D.C. Cir. 2002): „The more intense, lasting, or heinous the agony, the more likely it is to be torture.“

⁶⁴ Vgl. *Doe v. Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258, 1317 (N.D. Cal. 2004).

⁶⁵ Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 20, 32 (2009).

⁶⁶ Vgl. *Daliberti v. Republic of Iraq*, 97 F. Supp. 2d 38, 45 (D.D.C. 2000); *Daliberti v. Republic of Iraq*, 146 F. Supp. 2d 19, 25 (D.D.C. 2001).

⁶⁷ Vgl. *Surette v. Islamic Republic of Iran*, 231 F. Supp. 2d 260, 264 (D.D.C. 2002); *Jenco v. Islamic Republic of Iran*, 154 F. Supp. 2d 27, 32 (D.D.C. 2001).

⁶⁸ Vgl. *Cronin v. Islamic Republic of Iran*, 238 F. Supp. 2d 222, 226–228 (D.D.C. 2002).

täbungsmitteln;⁶⁹ andauernde Todesdrohung während acht Stunden langer physischer Herrschaft über das Opfer, sodass dieses „extreme und große seelische Leiden und emotionale Qualen“ durchlebte;⁷⁰ Drohung mit Tod, Zwang eines weiblichen Häftlings sich zu entkleiden, Binden der Hände und Füße sowie Peitschen der Beine und des Rückens;⁷¹ systematisches Schlagen des Häftlings bis zur Bewusstlosigkeit, Ziehen an den Haaren und Schlagen seines Kopfs auf den Boden, Zwingen des Häftlings, die Folterung eines nahen Freundes mitanzusehen;⁷² Zwingen des Opfers, bei der Erschießung seines Vaters zuzuschauen, und dass es davon ausgehen musste, anschließend selbst erschossen zu werden;⁷³ dauerndes Schlagen über einen Monat hinweg und Verbrennen mit Zigaretten;⁷⁴ Aufhängen, wiederholtes Treten und Schlagen mit Fäusten und einem Gummistock über zwei Tage hinweg mit der Folge, dass der Häftling danach an Kopfschmerzen litt, Schwierigkeiten beim Atmen und Blutergüsse am ganzen Körper hatte und wegen der Verletzung an der Schulter seine Hand bzw. den Arm dauerhaft nicht bewegen konnte;⁷⁵ Schläge mit Baseballschläger oder Schusswaffen ins Gesicht, auf den Hinterkopf, in die Geschlechtsteile und andere Körperteile des Häftlings während mehrerer Vernehmungen mit der Folge, dass dieser einen Rippenbruch erlitt, zehn Tage lang nicht essen konnte und oft unwillkürlich vor Angst zitterte;⁷⁶ sexueller Angriff, Verabreichung elektrischer Schocks und Verätzung mit Schwefelsäure;⁷⁷ grausames Schlagen und mehrmalige Vergewaltigung eines weiblichen Häftlings innerhalb von 19 Tagen.⁷⁸ Vergewaltigung an sich kann angesichts ihrer Eigenschaft als ungeheure Verletzung der Menschlichkeit und aufgrund der von ihr verursachten, anhaltenden psychischen Leiden als Folter angesehen werden.⁷⁹

⁶⁹ Vgl. *Sackie v. Ashcroft*, 270 F. Supp. 2d 596, 602 (E.D. Pa. 2003).

⁷⁰ Vgl. *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242, 1252–1253 (11th Cir. 2005).

⁷¹ Vgl. *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844, 845 (11th Cir. 1996).

⁷² Vgl. *Doe v. Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258, 1317–1318 (N.D. Cal. 2004).

⁷³ Vgl. *Chavez v. Carranza*, 413 F. Supp. 2d 891, 901 (W.D. Tenn. 2005).

⁷⁴ Vgl. *Al-Saher v. Immigration and Naturalization Service*, 268 F.3d 1143, 1147 (9th Cir. 2001).

⁷⁵ Vgl. *Melaj v. Mukasey*, 282 Fed. Appx. 354, 355, 360 (6th Cir. 2008).

⁷⁶ Vgl. *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322, 1332, 1345–1347 (N.D. Ga. 2002).

⁷⁷ Vgl. *Chavez v. Carranza*, 413 F. Supp. 2d 891, 901 (W.D. Tenn. 2005).

⁷⁸ Vgl. *Kaita v. Attorney General of the United States*, 522 F.3d 288, 291, 300 (3d Cir. 2008).

⁷⁹ Vgl. *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463, 472 (3d Cir. 2003). Siehe auch Pub. L. 105–320 (Torture Victims Relief Act of 1998), § 3: “[T]orture’ [...] includes the use of rape and other forms of sexual violence [...]”

Hingegen werden Misshandlungen, wie etwa Freiheitsberaubung durch Drohung mit dem Tod des Opfers,⁸⁰ Zwingen zur Duldung einer ungefähr eine halbe Stunde dauernden Schwangerschaftsuntersuchung,⁸¹ Schieben, Stoßen oder Ziehen an den Haaren usw. nicht gleich als Folter angesehen. Denn sie ziehen nicht zwangsläufig große Schmerzen oder Leiden nach sich.⁸² Heftiges Schlagen an sich reicht auch nicht für die Annahme von Folter aus, wenn keine zusätzlichen Informationen über die Häufigkeit und die Dauer der Misshandlung, den betroffenen Körperteil und das angewandte Werkzeug vorliegen.⁸³

c) *Die enge Auslegung im Bybee-Memo und die Kritik daran*

aa) Die Ansicht im Bybee-Memo

In dem im Jahr 2002 vom OLC (*Office of Legal Counsel*) erstellten Bybee-Memo gingen die Autoren zwar zu Recht davon aus, dass von Folter nur die Rede sein kann, wenn eine relativ hohe Eingriffsschwelle erreicht wird. Danach müssten jedoch die körperlichen Schmerzen, welche die Annahme von Folter voraussetzt, so intensiv sein wie diejenigen, die mit schwerer Körperverletzung, wie etwa dem Organversagen (*organ failure*), der Beeinträchtigung von Körperfunktionen oder sogar dem Tod verbunden sind.⁸⁴ Zur Begründung wird in den USA die Vorschrift über den medizinischen Notfall (*emergency medical condition*) herangezogen. Nach 42 U.S.C. § 1395w-22 (d)(3)(B) ist ein medizinischer Notfall ein solcher, der sich durch akute Symptome von hinreichender Schwere (einschließlich „großer Schmerzen“) manifestiert, sodass ein besonnener Laie mit durchschnittlichen medizinischen Kenntnissen realistischerweise davon ausgehen darf, dass es ohne sofortige medizinische Behandlung zu einer schwerwiegenden Gefahr für die Gesundheit, zu einer gravierenden Beeinträchtigung der Körperfunktion oder schweren Dysfunktion irgendeines Organs oder Körperteils kommen würde.⁸⁵ Auf der

⁸⁰ Vgl. *Simpson v. Socialist Peoples's Libyan Arab Jamahiriya*, 326 F.3d 230, 234 (D.C. Cir. 2003).

⁸¹ Vgl. *Li v. Ashcroft*, 312 F.3d 1094, 1103 (9th Cir. 2002).

⁸² Vgl. *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242, 1253 (11th Cir. 2005).

⁸³ Vgl. *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 92–94 (D.C. Cir. 2002).

⁸⁴ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002). S. 1, 5 f.

⁸⁵ Vgl. 42 U.S.C. § 1395w-22 (d)(3)(B): “The term ‘emergency medical condition’ means a medical condition manifesting itself by acute symptoms of sufficient severity (including severe pain) such that a prudent layperson, who possesses an average knowledge of health and medicine, could reasonably expect the absence of immediate medical attention to result in –

(i) placing the health of the individual (or, with respect to a pregnant woman, the health of the woman or her unborn child) in serious jeopardy,

anderen Seite, da „große seelische Schmerzen oder Leiden“ sowohl in 18 U.S.C. § 2340 (2), TVPA § 3 (b)(2) als auch in 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) als „anhaltende [prolonged] seelische Schäden“ definiert werden, müssten die Misshandlungen, die als (seelische) Folter einzustufen sind, dauerhafte, d.h. Monate oder sogar Jahre lang andauernde, wenn auch nicht notwendig permanente, signifikante seelische Beeinträchtigungen bzw. Schäden verursacht haben.⁸⁶ Dieser Ansicht nach würden zahlreiche Misshandlungen, wie etwa das sogenannte *waterboarding*, nicht als Folter angesehen.⁸⁷

bb) Zur Kritik

Eine so enge Folterdefinition, wie sie die Autoren des Bybee-Memos befürworten, wird jedoch in den USA in vielfältiger Hinsicht kritisiert:

(1) Eingriffsschwelle der physischen Misshandlung

Die Berufung auf die Vorschrift über den medizinischen Notfall überzeugt nicht. Denn bei genauer Betrachtung beziehen sich die Beschreibungen in 42 U.S.C. § 1395w-22 (d)(3)(B), wie etwa schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit, Beeinträchtigung einer Körperfunktion oder Dysfunktion eines Organs, gar nicht auf den Begriff der „großen Schmerzen“.⁸⁸ Dadurch will der Gesetzgeber in der Tat nur den medizinischen Notfall definieren, aber nicht die „großen Schmerzen“.⁸⁹ Das Vorliegen „großer Schmerzen“ mag ein Hinweis für einen medizinischen Notfall sein. Zwingend ist dies jedoch nicht. Es ist also durchaus möglich, dass sich ein Patient in einem lebensgefährlichen, aber schmerzlosen medizinischen Notfall befindet.⁹⁰ Die Gleichstellung der „großen Schmerzen“ mit dem medizinischen Notfall widerspricht somit dem klaren Wortlaut dieser Vorschrift.

Zudem besteht auch gar keine Verbindung zwischen dem Folterbegriff und der Vorschrift zum medizinischen Notfall, die sich in einem medizinischen Verwaltungsgesetz findet und bei der es eigentlich um Ressourcenprobleme bei der medizinischen Behandlung geht. Die Übertragung einer solchen Regelung auf die Defi-

(ii) serious impairment to bodily functions, or

(iii) serious dysfunction of any bodily organ or part.”

⁸⁶ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002), S. 1, 7.

⁸⁷ Vgl. Memorandum for John Rizzo, Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency, Interrogation of al Qaeda Operative (1 Aug. 2002), S. 11, 15.

⁸⁸ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 57 f.

⁸⁹ Vgl. Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 8 Fn. 17.

⁹⁰ Vgl. *Ohlin*, 51 *Harv. Int'l L.J.* 193, 214–215 (2010).

dition der Folter erweist sich als grundlos und willkürlich.⁹¹ In der Tat wird auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung keine so hohe Eingriffsschwelle für die Annahme von Folter angesetzt. So könnte unter Umständen z.B. schon ein einziger Tritt in den Magen mit Militärstiefeln „große Schmerzen“ verursachen.⁹² Deshalb wurde diese einschränkende Auslegung hinsichtlich der physischen Folter auch im anschließenden „Levin-Memo“ des OLC aus dem Jahr 2004 aufgegeben.⁹³

(2) „Anhaltende“ seelische Schäden

Problematisch ist auch die Auslegung im Bybee-Memo in Bezug auf das Merkmal der „anhaltenden“ (*prolonged*) seelischen Schäden, das vom US-Senat bei Ratifizierung der UN-Antifolterkonvention zur Klarstellung der seelischen Folter hinzugefügt und anschließend auch in 18 U.S.C. § 2340 (2), TVPA § 3 (b)(2) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) ausdrücklich geregelt wurde.

Ob das Vorliegen von „anhaltenden“ seelischen Schäden überhaupt eine von der Anwendung der in den oben genannten Vorschriften aufgelisteten Misshandlungen isolierte Voraussetzung für Folter darstellt oder als eine solche Voraussetzung ausgelegt werden soll, ist umstritten.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur bejaht diese Frage.⁹⁴ Die Feststellung von seelischer Folter setzt somit voraus, dass der Einsatz der aufgelisteten Misshandlungen tatsächlich dauernde seelische Schmerzen oder Leiden hervorgerufen hat.⁹⁵ Denn die Regelung in 18 U.S.C. § 2340 (2) ist nur eine Konkretisierung des Verständnisses des US-Senats für den Folterbegriff, wonach sich „seelische Schmerzen oder Leiden“ auf „anhaltende seelische Schäden“ verursacht von oder resultierend aus den Misshandlungen beziehen.⁹⁶ Die Formulierung in 18 U.S.C. § 2340 (2) lautet zwar: „Seelische Schmerzen oder Leiden“ bedeuten „die anhaltenden seelischen Schäden“ verursacht von oder resultierend aus den aufgelisteten Maßnahmen.⁹⁷ Die Hinzufügung des Artikels „die“ (*the*) zeigt jedoch keinesfalls, dass der Gesetzgeber von dem Willen des US-Senats abweichen und „seelische Schmerzen oder Leiden“ anders definieren wollte.⁹⁸

⁹¹ Vgl. *Waldron*, *Torture*, S. 212.

⁹² Vgl. *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322, 1347 (N.D. Ga. 2002).

⁹³ Vgl. Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 8 Fn. 17.

⁹⁴ Vgl. nur *Druce*, 6 *Dartmouth L.J.* 351, 360 n. 56 (2008).

⁹⁵ Vgl. *Boehm*, 41 *U. Tol. L. Rev.* 1, 25 (2009).

⁹⁶ S. Exec. Rep. No. 101-30, 36 (1990): “[M]ental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from [...]”

⁹⁷ 18 U.S.C. § 2340 (2): “[S]evere mental pain or suffering’ means *the* prolonged mental harm caused by or resulting from [...]”

⁹⁸ Vgl. Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 13.

Eine andere Ansicht geht hingegen davon aus, dass gerade die Hinzufügung des Artikels klarstellt, dass die anhaltenden seelischen Schäden eng mit den Misshandlungen als solchen verbunden sind und daher deren Vorliegen keine zusätzliche Voraussetzung für Folter darstellt. Der Ausdruck „anhaltende seelische Schäden“ ist also nichts anderes als eine deskriptive Formulierung: Jeder Einsatz der in 18 U.S.C. § 2340 (2) aufgelisteten Misshandlungen zieht zwangsläufig „anhaltende“ seelische Beeinträchtigung nach sich.⁹⁹ Denn nur so lässt sich die Regelung in 18 U.S.C. § 2340 (2) mit dem Folterbegriff in Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention, wo gerade keine „anhaltenden“ seelischen Schäden verlangt werden, in Einklang bringen. Die überwiegende Ansicht würde dazu führen, dass die „anhaltenden seelischen Schäden“ in bestimmten Fällen als Nachwirkung verstanden werden müssen,¹⁰⁰ die über die Schmerzen und Leiden während der Misshandlungen hinausläuft, und man somit eine Misshandlung erst dann als Folter qualifizieren kann, wenn sich später herausstellt, dass seelische Schäden wirklich aufgetreten sind und über einige Zeit hinaus gedauert haben. Diese *wait and see*-Prüfung läuft allerdings dem Sinn und Zweck der UN-Antifolterkonvention entgegen, die Vornahme bestimmter Misshandlungen von Anfang an zu unterbinden.¹⁰¹

Der Standpunkt der US-amerikanischen Rechtsprechung bleibt unklar. In der Tat hat das Merkmal der „anhaltenden“ seelischen Schäden lange kaum Aufmerksamkeit erregt. Im Jahr 2000 hat der U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit noch darauf hingewiesen, dass die Jury nicht darüber unterrichtet werden muss, dass nur anhaltende seelische Schäden Folter begründen können.¹⁰² Erst seit dem Terroranschlag im Jahr 2001 wird dieses Merkmal von immer mehr Gerichten in Betracht

⁹⁹ Vgl. *Riggs/Blakeley/Marwaha*, 20 Harv. Hum. Rts. J. 263, 286, 291 (2007).

¹⁰⁰ Jedenfalls ist dies der Fall, wenn die Misshandlungen an sich nicht lange anhalten und daher auch die Schmerzen und Leiden während der Misshandlungen nur kurz dauern. Wenn man diese „kurzen“ Misshandlungen nicht kategorisch aus dem Folterbegriff ausschließen will, welches ein definitiv unbefriedigendes Ergebnis wäre, können sich in diesen Fällen die „anhaltenden“ seelischen Schäden nur auf die erst nach den Misshandlungen auftretenden Schmerzen oder Leiden beziehen. Dauern die Misshandlungen hingegen über einige Zeit an, können die damit verbundenen Schmerzen und Leiden freilich schon an sich als „anhaltende“ seelische Schäden bewertet werden.

¹⁰¹ Vgl. *Riggs/Blakeley/Marwaha*, 20 Harv. Hum. Rts. J. 263, 282–283 (2007). In diesem Sinne krit. auch *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 840 (2012). Danach ist die zusätzliche Einschränkung auf „anhaltende seelische Schäden“ willkürlich.

¹⁰² Vgl. *United States v. Chanthadara*, 230 F.3d 1237, 1262 (10th Cir. 2000). In dieser Entscheidung wurde aber nur der Folterbegriff in 18 U.S.C. § 3592 (c)(6) getroffen, welcher vor allem zur Rechtfertigung der Todesstrafe dient und der Ansicht des Gerichts nach nicht identisch mit dem in 18 U.S.C. § 2340 ist. Eine solche Differenzierung überzeugt nicht. Zwar kann – anders als bei 18 U.S.C. § 2340 – keine staatliche Beteiligung bei der Folterdefinition in 18 U.S.C. § 3592 verlangt werden. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass zwischen den beiden Folterbegriffen zwangsläufig ein Unterschied hinsichtlich der Eingriffsschwelle der Misshandlungen besteht. In der Tat hat der Gesetzgeber auch z.B. in 18 U.S.C. § 1111 (c)(6) ausdrücklich geregelt, dass für die Annahme von Folter i.S.d. Vorschrift nur das Tatbestandsmerkmal in Bezug auf das Tatsubjekt nicht notwendig ist. Die anderen Tatbestandsmerkmale bleiben also dieselben wie in 18 U.S.C. § 2340.

gezogen. In einigen Entscheidungen wird das Vorliegen anhaltender seelischer Schäden sogar in den Mittelpunkt der Prüfung gerückt. Danach stellt z.B. eine Todesdrohung deshalb seelische Folter dar, weil die Opfer bereits an extremen und großen seelischen Qualen gelitten haben und solche Qualen weiter erleben würden.¹⁰³ Der Einsatz einer der in TVPA § 3 (b)(2) geregelten Misshandlungen, wie etwa die Drohung mit dem unmittelbar bevorstehenden Tod, ist aber nicht schon an sich als seelische Folter einzustufen.¹⁰⁴

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass seelische Folter dennoch häufig von der Rechtsprechung angenommen wird, ohne ausdrücklich festzustellen, dass neben der Misshandlung als solcher tatsächlich noch dauernde seelische Schäden beim Opfer vorliegen. So wurden z.B. das Zwingen des Opfers, die Erschießung seines Vaters,¹⁰⁵ die Folterung seines guten Freundes¹⁰⁶ oder einen Videofilm mit der Androhung von Gewalt anzuschauen¹⁰⁷ und wiederholte Todesdrohungen sowie häufiges Verabreichen von Betäubungsmitteln¹⁰⁸ als (seelische) Folter bewertet.

Auch das Opfer, das vor seiner Erschießung um sein Leben gebettelt¹⁰⁹ oder sein Endsicksal befürchtet hat,¹¹⁰ wurde seelisch gefoltert. In diesen Fällen lässt sich zwar festhalten, dass das Opfer seelische Schmerzen oder Leiden, wie etwa Angst vor dem Tod, während der Misshandlungen erlebt hat. Eine spezifische Prüfung, ob diese Schmerzen oder Leiden als „anhaltend“ angesehen werden können oder ob später noch anhaltende seelische Schäden als Nachwirkung aufgetreten sind, sodass die betreffende Misshandlung als Folter zu qualifizieren ist, erfolgte jedoch nicht. Daher muss man davon ausgehen, dass die Gerichte in den USA jedenfalls keine hohe Anforderung an die Erfüllung des Merkmals „anhaltende seelische Schäden“ stellen, selbst wenn dies als eine selbstständige Voraussetzung für Folter betrachtet wird.

Von daher ist die Auslegung im Bybee-Memo auf jeden Fall verfehlt. Denn auch wenn man sich der überwiegenden Ansicht in der Literatur anschließt und davon ausgeht, dass das Merkmal „anhaltend“ nicht gegen den Wortlaut des 18 U.S.C. § 2340 (2), TVPA § 3 (b)(2) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) so verstanden werden soll, als ob jede dort aufgelistete Maßnahme immer „anhaltende“ seelische Beein-

¹⁰³ Vgl. *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242, 1252–1253 (11th Cir. 2005).

¹⁰⁴ Vgl. nur *Simpson v. Socialist Peoples's Libyan Arab Jamahiriya*, 326 F.3d 230, 234 (D.C. Cir. 2003); *Tram v. Gonzales*, 184 Fed. Appx. 503, 508 (6th Cir. 2006).

¹⁰⁵ Vgl. *Chavez v. Carranza*, 413 F. Supp. 2d 891, 901 (W.D. Tenn. 2005).

¹⁰⁶ Vgl. *Doe v. Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258, 1317–1318 (N.D. Cal. 2004).

¹⁰⁷ Vgl. *State v. White*, 668 N.W.2d 850, 857–858 (Iowa 2003).

¹⁰⁸ Vgl. *Sackie v. Ashcroft*, 270 F. Supp. 2d 596, 602 (E.D. Pa. 2003).

¹⁰⁹ Vgl. *Farina v. Secretary, Department of Corrections*, 2012 U.S. Dist. Lexis 40495, 72.

¹¹⁰ Vgl. *Hamilton v. Mullin*, 436 F.3d 1181, 1195–1196 (10th Cir. 2006).

trächtigung nach sich zöge, bedeutet dies aber nicht, dass nur Monate oder sogar Jahre lang andauernde seelische Schäden Folter begründen könnten.¹¹¹ Insbesondere soll das sogenannte *waterboarding* angesichts der daraus resultierenden signifikanten seelischen Verletzungen zumindest als seelische Folter qualifiziert werden.¹¹² In der Tat hat auch die US-amerikanische Rechtsprechung spätestens in den 1980er Jahren das *waterboarding* als Folter bewertet.¹¹³

d) Die vier Kategorien von Misshandlungen

Während es in Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention keine Regelung zur Ursache der Schmerzen oder Leiden gibt, ist dagegen in den USA in 18 U.S.C. § 2340 (2), TVPA § 3 (b)(2) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4) ausdrücklich vorgesehen, dass die seelischen Schmerzen oder Leiden, die (seelische) Folter begründen, durch Misshandlungen aus vier Kategorien hervorgerufen werden oder aus diesen resultieren müssen. Wie oben schon erwähnt lassen sich diese vier Kategorien zusammenfassen als Anwendung oder Androhung von physischer Folter, Einsatz von Betäubungs- oder anderen halluzinogenen Mitteln (*mind-altering substances*) oder Androhung von deren Einsatz, Androhung von unmittelbar bevorstehendem eigenem Tod oder dass eine andere Person bald dem Tod, physischer Folter oder der Anwendung halluzinogener Mittel unterworfen wird.¹¹⁴ Auch in 10 U.S.C. § 950T (11)(B) und 18 U.S.C. § 2441 (d)(2)(A) wird auf diese Regelung hingewiesen.¹¹⁵ Da der Gesetzgeber keine Auffangklausel hinzugefügt hat, soll diese Auflistung richtigerweise als erschöpfend angesehen werden.¹¹⁶

¹¹¹ Vgl. dazu Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 14 n. 24.

¹¹² Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 27–28 (2009); *Druce*, 6 Dartmouth L.J. 315, 360 (2008).

¹¹³ Vgl. *United States v. Lee*, 744 F.2d 1124 (5th Cir. 1984).

¹¹⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 2340 (2): “[S]evere mental pain or suffering” means the prolonged mental harm caused by or resulting from –

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality”.

Siehe auch TVPA § 3 (b)(2); 8 C.F.R. § 208.18 (a)(4).

¹¹⁵ Vgl. 10 U.S.C. § 950T (11)(B): “[T]he term ‘severe mental pain or suffering’ has the meaning given that term in section 2340(2) of title 18.” Siehe ebenfalls 18 U.S.C. § 2441 (d)(2)(A): “[T]he term ‘severe mental pain or suffering’ shall be applied [...] in accordance with the meaning given that term in section 2340 (2) of this title.”

¹¹⁶ Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 29 (2009).

Die Beschränkung der Misshandlungen auf begrenzte Kategorien geht offensichtlich wiederum auf das Verständnis des US-Senats bezüglich der UN-Antifolterkonvention zurück.¹¹⁷ Diese dient zwar als ein „objektivierter“ Maßstab für die seelischen Schmerzen oder Leiden, die wegen ihrer subjektiven Natur im Einzelfall oft kaum messbar sind, und dadurch wird insbesondere die von der US-Verfassung verlangte Bestimmtheit der strafrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Strafbarkeit der Folter (z.B. 18 U.S.C. §§ 2340A, 2441 usw.) gewissermaßen gewährleistet.¹¹⁸ Eine solche Einschränkung hat jedoch andererseits auch die Schwächung des Folterverbots zur Folge: Streng genommen kann man sogar sagen, dass die Zufügung von großen seelischen Schmerzen oder Leiden in den USA nicht kategorisch verboten ist.¹¹⁹ So wird dort z.B. sogar offiziell vorgeschlagen, dass das Einsperren eines Opfers, das große Angst vor Insekten hat, in eine kleine Haftzelle voller – tatsächlich harmloser – Insekten¹²⁰ oder die Drohung gegenüber dem Opfer, dass seine Mutter bald für lange Zeit in Haft genommen wird,¹²¹ keinen Verstoß gegen das Folterverbot darstellen solle.

Die Einengung der seelischen Folter auf eine bestimmte Art von Misshandlungen ist zudem dogmatisch fraglich. Denn das Folterverbot zielt schließlich auf den Schutz des Opfers ab; es soll auf die (subjektive) Schmerzempfindung der betroffenen Person, nicht aber auf die objektive Methode der Zufügung von Schmerzen oder Leiden ankommen. In der Tat ist physische Folter auch schon dann anzunehmen, wenn beim Opfer große Schmerzen oder Leiden verursacht werden: Dabei wird gerade keine Anforderung an die Art und Weise der Misshandlungen gestellt. Deshalb ist nicht ersichtlich, warum bei der seelischen Folter eine solche Einschränkung hingenommen werden soll.¹²² Aus diesen Gründen müssen die oben genannten Vorschriften über die begrenzten Misshandlungsarten wohl möglichst weit ausgelegt werden. Zwar hat sich die US-amerikanische Rechtsprechung bisher noch kaum damit beschäftigt. In der Literatur wird jedoch z.B. die Ansicht vertreten, dass zumindest die Ausnutzung der krankhaften Angst (*phobia*) des Opfers, etwa vor Hunden oder Insekten, ebenfalls unter den Folterbegriff fallen soll, wenn dadurch bei diesem eine der Todesangst vergleichbare Angst ausgelöst werden kann.¹²³

¹¹⁷ Vgl. U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 138 Cong. Rec. S17486-01 (daily ed., 27 Oct. 1990); S. Exec. Rep. No. 101-30, 36 (1990).

¹¹⁸ Vgl. U.S. Department of State, Initial Report of the United States of America to the UN Committee Against Torture, Part II, Articles 1 and 2, A (15 Oct. 1999).

¹¹⁹ Vgl. *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 846 (2012).

¹²⁰ Vgl. Memorandum for John Rizzo, Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency, Interrogation of al Qaeda Operative (1 Aug. 2002), S. 14.

¹²¹ Vgl. Final Report: Investigation Into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, 2005, S. 24 ff.

¹²² Vgl. *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 852 (2012).

¹²³ Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 29 (2009); *Parry*, 64 U. Pitt. L. Rev. 237, 250 (2003).

2. Folterhandlungen im Gewahrsam oder unter physischer Kontrolle

Nach 18 U.S.C. § 2340 (1), TVPA § 3 (b)(1) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(6) müssen sich die Folterhandlungen zudem gegen eine Person im Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle des Täters richten. Dies stellt auch nach der ständigen Rechtsprechung in den USA eine unentbehrliche Voraussetzung für Folter dar.¹²⁴ Da ein solches Merkmal nicht im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention vorkommt, wird es in Deutschland kaum diskutiert. Dennoch wird die Folterdebatte in Deutschland gerade anhand von Beispielen geführt, in denen das Opfer bereits im Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle des Täters steht. Somit wäre dieses Merkmal in Deutschland implizit in den Folterbegriff eingelesen worden. In der Tat ist dieses Tatbestandsmerkmal auch dem Völkerrecht nicht fremd. So sieht etwa Art. 7 Abs. 2 lit. e) IStGH-Statut vor, dass Folter die Zufügung von Schmerzen und Leiden an „einer im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person“ bedeutet. Zu Recht wird in der Literatur ebenfalls darauf hingewiesen, dass erst durch ein solches Tatbestandsmerkmal das Machtgefälle zwischen Täter und Opfer unterstrichen wird und die Pervertierung der zwischenmenschlichen Interaktion, die sich im Akt der Folter manifestiert, verdeutlicht werden kann.¹²⁵

3. Tatsubjekt und Zurechenbarkeit zum Staat

Nach der Definition des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention muss die als Folter qualifizierte Schmerzzufügung von einem „Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person“¹²⁶ begangen oder auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis vorgenommen werden.¹²⁷ D.h., dass die Folterhandlung immer dem Staat zurechenbar sein muss. Der h.M. in der deutschen Literatur nach erfüllt somit „die Schmerzzufügung durch private Personen, die weder auf Veranlassung des Staates noch mit dessen ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis erfolgt“, den Folterbegriff nicht.¹²⁸ Dem darf auch nicht entgegengehalten werden, dass in Art. 7 Abs. 2 lit. e) IStGH-Statut eine weiterreichende Definition der Folter enthalten ist, in der keine Einschränkung auf Tatsubjekte vor-

¹²⁴ Vgl. nur *Morante-Ayasta v. U.S. Attorney General*, 366 Fed. Appx. 113, 114 (11th Cir. 2010).

¹²⁵ Vgl. *Sonderegger*, Folter, S. 138.

¹²⁶ Vgl. *Gössel*, FS für Otto, S. 45.

¹²⁷ Krit. dazu *Schroeder*, FS für Spinellis, S. 1003.

¹²⁸ Vgl. *Marx*, KJ 2004, 283; *Hilgendorf*, JZ 2004, 335; *Merkel*, FS für Jakobs, S. 381; *Kreicker*, Exemtionen, S. 165 f.; *Fahl*, Jura 2007, 748; *Norouzi*, JA 2005, 319 Fn. 54.

gesehen ist.¹²⁹ Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut ergibt sich, dass diese Folterdefinition ausschließlich zur Erklärung des „Verbrechens gegen die Menschlichkeit“ dient, das einen ausgedehnten oder systematischen Angriff „gegen die Zivilbevölkerung“ darstellt. Wegen dieser besonders gearteten Regelungszintention kann die Folterdefinition in Art. 7 Abs. 2 lit. e) IStGH-Statut die der UN-Antifolterkonvention nicht verdrängen.¹³⁰

Ebenso ist es in den USA. Aus dem Wortlaut des 18 U.S.C. § 2340 (1) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(1) ergibt sich, dass nur eine unter Ausnutzung staatlicher Autorität (*under the color of law*) vorgenommene bzw. auf Veranlassung oder mit Einverständnis eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person¹³¹ zurückzuführende Misshandlung als Folter angesehen wird.¹³² Nach 8 C.F.R. § 208.18 (a)(7) setzt das stillschweigende Einverständnis (*acquiescence*) eines Amtsträgers voraus, dass dieser trotz des Wissens um die Folterhandlung unter Verletzung seiner rechtlichen Pflicht nicht interveniert oder sie verhindert.¹³³ In TVPA § 3 (a) wird ein solches Subjekt- bzw. Zurechnungsmerkmal zwar nicht geregelt. Dieses kommt jedoch dort in § 2 (a) zum Ausdruck.¹³⁴ Danach ist nur das Individuum, das mit tatsächlicher oder scheinbarer Befugnis oder unter Ausnutzung staatlicher Autorität handelt, schuldig für die Folterhandlung und deren schädliche Folgen.¹³⁵

¹²⁹ Dieser Vorschrift zufolge „bedeutet Folter, dass einer im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden; Folter umfasst jedoch nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind“.

¹³⁰ Vgl. *Engländer*, Nothilfe, S. 347 f.

¹³¹ Neuerdings hat der *U.S. Supreme Court* gegen die ältere Rechtsprechung entschieden, dass lediglich eine natürliche Person Täter der Folter und für die Folterhandlung verantwortlich sein kann. Siehe *Mohamad v. Palestinian Authority*, 132 S. Ct. 1702, 1706–1708 (2012) hinsichtlich TVPA § 2 (a).

¹³² Nach der Ansicht des US-Senats besteht kein Unterschied zwischen der Formulierung „unter Ausnutzung staatlicher Autorität“ (*under the color of law*) in 18 U.S.C. § 2340 (1) und dem Ausdruck „in amtlicher Eigenschaft“ (*in an official capacity*) in Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention (vgl. dazu S. Exec. Rep. No. 101-30, 14 [1990]). Diese Ansicht teilt auch die US-amerikanische Rechtsprechung (vgl. nur *United States v. Belfast*, 611 F.3d 783, 808 [11th Cir. 2010]).

¹³³ Vgl. 8 C.F.R. § 208.18 (a)(7): “Acquiescence of a public official requires that the public official, prior to the activity constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his or her legal responsibility to intervene to prevent such activity.” Siehe so auch *Morales v. Attorney General of the United States*, 448 F.3d 884, 891 (11th Cir. 2007).

¹³⁴ Vgl. *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242, 1247 (11th Cir. 2005).

¹³⁵ Vgl. TVPA § 2 (a) in 28 U.S.C. § 1350 (note): “An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation [...] subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual.”

Folter bezieht sich also nur auf vorsätzliche Handlungen der Regierung; von privaten Personen nicht im Namen der Regierung begangene Misshandlungen stellen somit in den USA ebenfalls keine Folter dar.¹³⁶ Liegt allerdings „absichtliche Blindheit“ (*willful blindness*) der Regierung im Hinblick auf die Misshandlungen vor, ist nach der Rechtsprechung schon von einem stillschweigenden Einverständnis des Staates auszugehen und kann Folter deshalb angenommen werden.¹³⁷ Eine tatsächliche Kenntnis von solchen Misshandlungen oder deren bewusste Akzeptanz seitens der Regierung ist nicht erforderlich.¹³⁸ Lässt sich im Einzelfall hingegen nicht beweisen, dass der Staat in eine Folterhandlung verwickelt und diese ihm zuzurechnen ist,¹³⁹ oder wenn der Staat trotz des Wissens um die privaten Misshandlungen keine faktische Möglichkeit besitzt, sie zu verhindern,¹⁴⁰ liegt keine Folter vor. Folter ist auch nicht anzunehmen, wenn die Misshandlungen nicht auf das Einverständnis des Amtsträgers, sondern auf den ausdrücklichen Wunsch des Opfers, die Täter nicht zu bestrafen, zurückgehen.¹⁴¹

C. Der subjektive Tatbestand

1. Besonderer Vorsatz

Der Folternde muss vorsätzlich handeln. Dies ist unbestritten. Unklar ist jedoch in den USA, welche Vorsatzform erforderlich ist. Während in TVPA § 3 (b)(1) lediglich geregelt ist, dass der Folternde Schmerzen oder Leiden „vorsätzlich“ (*intentionally*) zufügen muss, setzt nach 18 U.S.C. § 2340 (1) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(5)¹⁴² die Annahme von Folter voraus, dass die Misshandlungen mit „besonderem Vorsatz“ (*specifically intended*) begangen werden. Diese Forderung nach

¹³⁶ Vgl. nur *Hussein v. Attorney General of the United States*, 273 Fed. Appx. 147, 155 (3d Cir. 2008); *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 245 (2d Cir. 1995); *Arar v. Ashcroft*, 414 F. Supp. 2d 250, 264 (E.D.N.Y. 2006).

¹³⁷ Vgl. *Khouzam v. Ashcroft*, 361 F.3d 161, 171 (2d Cir. 2004).

¹³⁸ Vgl. *Zheng v. Ashcroft*, 332 F.3d 1186, 1196 (9th Cir. 2003).

¹³⁹ Vgl. so z.B. *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242, 1248–1249 (11th Cir. 2005); *Chavez v. Carranza*, 413 F. Supp. 2d 891, 900–901 (W.D. Tenn. 2005).

¹⁴⁰ Vgl. *Moshud v. Blackman*, 68 Fed. Appx. 328, 335 (3d Cir. 2003).

¹⁴¹ Vgl. *Ali v. Reno*, 237 F.3d 591, 593, 597–598 (6th Cir. 2001). In diesem Fall wurde eine Frau innerhalb von fünf Monaten mehrmals von ihrem Vater und den Brüdern geschlagen. Als diese von der Polizei verhaftet wurden, äußerte die Frau jedoch den Wunsch, ihre Brüder straffrei zu lassen. Deswegen stellte die Polizei die Ermittlung ein und ließ ihre Brüder frei. Kurze Zeit später drohte einer ihrer Brüder der Frau wiederum mit dem Tod. Nach der Entscheidung vom U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit liegt hier mangels Verwicklung des Staates bzw. Pflichtverletzung der Polizei keine Folter vor.

¹⁴² Siehe 8 C.F.R. § 208.18 (a)(5): “In order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering. An act that results in unanticipated or unintended severity of pain and suffering is not torture.”

einem „besonderen Vorsatz“ stammt aus einem Verständnis des Folterbegriffs, das von US-Präsident *Reagan* vorgeschlagen und später vom US-Senat übernommen wurde.¹⁴³ Die Auslegung dieses Merkmals ist jedoch sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur sehr umstritten.

a) Der Begriff „besonderer Vorsatz“ im Strafrecht

Der Begriff „besonderer Vorsatz“ (*specific intent*) im US-amerikanischen Strafrecht wird oft wegen seiner Mehrdeutigkeit als ein „heikler“ (*awkward*)¹⁴⁴ oder „notorisch schwer zu definierender“¹⁴⁵ Terminus bewertet. Trotz des Bemühens der Verfasser des MPC¹⁴⁶ und des Appells seitens der Strafrechtsgelehrten,¹⁴⁷ auf diesen unklaren Fachausdruck zu verzichten und den Begriff „Vorsatz“ (*intent*) mit anderen „modernen“ Termini wie etwa *purpose* und *knowledge* zu definieren, lebt der Begriff „besonderer Vorsatz“ aus dem traditionellen *common law* sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Strafrechtslehre weiter.¹⁴⁸ Eine genaue Erklärung des „besonderen Vorsatzes“ und eine deutliche Abgrenzung von diesem zu seinem Gegenteil, nämlich dem „allgemeinen Vorsatz“ (*general intent*), sind jedoch in den USA bis heute immer noch nicht erfolgt.¹⁴⁹

So wird z.B. der Begriff „allgemeiner Vorsatz“ teilweise im Sinne von *mens rea* gebraucht und stellt das allgemeine Verlangen subjektiver Tatbestandsmerkmale dar, während „besonderer Vorsatz“ das konkrete subjektive Merkmal einer bestimmten einzelnen Straftat bedeutet.¹⁵⁰ Nach einem Teil der Rechtsprechung könnten fast alle subjektiven Merkmale, einschließlich der Rücksichtslosigkeit (*recklessness*)¹⁵¹ oder sogar auch der Fahrlässigkeit (*negligence*),¹⁵² vom Terminus „allgemeiner Vorsatz“ umfasst werden, während sich der Begriff „besonderer Vor-

¹⁴³ Vgl. *Holper*, 88 Or. L. Rev. 777, 787–788 (2009).

¹⁴⁴ Vgl. MPC Komm., § 2.02 S. 234; *Commonwealth v. Sibinich*, 598 N.E.2d 676 n. 3 (Mass. App. 1992).

¹⁴⁵ Vgl. *People v. Hood*, 462 P.2d 370, 377 (Cal. 1969).

¹⁴⁶ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 67.

¹⁴⁷ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 269 f.

¹⁴⁸ Vgl. *Holper*, 88 Or. L. Rev. 777, 794 n. 92 (2009); *Dubber*, Einführung, S. 67 f.

¹⁴⁹ Kurze Überblicke über die möglichen Bedeutungen vom besonderen und allgemeinen Vorsatz finden sich z.B. bei *LaFave*, Criminal Law, S. 268 f., *Dressler*, Criminal Law, S. 138 f. und *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 403 (1980).

¹⁵⁰ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 268.

¹⁵¹ Vgl. *United States v. Zunie*, 444 F.3d 1230, 1234–1235 (10th Cir. 2006). Danach beinhaltet der allgemeine Vorsatz Absicht (*purpose*), Wissenlichkeit (*knowledge*) und Rücksichtslosigkeit (*recklessness*). Siehe so auch *United States v. Pettigrew*, 468 F.3d 626, 639 (10th Cir. 2006).

¹⁵² Vgl. *Ricketts v. State*, 436 A.2d 906, 912 (Md. 1981). Danach fallen nicht nur Rücksichtslosigkeit (*recklessness*), sondern auch Fahrlässigkeit (*negligence*) unter den allgemeinen Vorsatz.

satz“ lediglich auf den Vorsatz (*intent*)¹⁵³ oder die Absicht (*purpose*)¹⁵⁴ bezieht. Darüber hinaus kann der „allgemeine Vorsatz“ betrachtet werden als der Vorsatz, eine Tat unter unbestimmten Umständen vorzunehmen, während „besonderer Vorsatz“ bedeutet, eine Tat zu einer spezifischen Zeit und an einem spezifischen Ort zu begehen.¹⁵⁵ Schließlich wird der Begriff „besonderer Vorsatz“ auch sehr häufig im Sinne von Absicht als überschießende Innentendenz verwendet und verstanden als subjektives Merkmal hinsichtlich bestimmter weiterer Handlungen oder des Eintritts bestimmter zusätzlicher Konsequenzen, welche über die objektiven Tatbestandsmerkmale (*actus reus*) einer Straftat hinausgehen.¹⁵⁶ So hat auch der U.S. Supreme Court klargestellt, dass der Täter, der durch Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel Geld bei einer Bank mitnahm, sich aber bewusst mit seiner Flucht nicht beeilte in der Hoffnung, dass er festgenommen und ins Gefängnis gebracht würde, damit dort seine Trunksucht behandelt werden könnte, mangels Enteignungsabsicht hinsichtlich des Geldes der Bank keinen besonderen Vorsatz hatte.¹⁵⁷

b) „Besonderer Vorsatz“ im Folterbegriff

aa) „Besonderer Vorsatz“ in Bezug auf den Eintritt des Erfolgs

Der U.S. Court of Appeals for the Third Circuit hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 argumentiert, dass für die Annahme von Folter das Vorliegen eines besonderen Vorsatzes in Bezug auf den Eintritt von Schmerzen oder Leiden nicht erforderlich sei. Denn die Regelung in 8 C.F.R. § 208.18 (a)(5) bedeute – wie dort in Satz 2 zum Ausdruck gebracht wird – nur, dass eine Handlung, die unerwartet oder unbeabsichtigt große Schmerzen und Leiden verursache, nicht als Folter zu qualifizieren sei. Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift bestehe nämlich darin, zwischen den Leiden als zufälligem Resultat einer vorsätzlichen Handlung und den absichtlich oder wissentlich zugefügten oder verursachten Leiden zu differenzieren und nur die ersteren aus dem Folterbegriff auszuschließen.¹⁵⁸ Somit muss das Vorliegen von Folter auch dann bejaht werden, wenn der Täter einem Opfer zwar nicht absichtlich, aber doch wissentlich große Schmerzen oder Leiden zufügt. Die Ge-

¹⁵³ Vgl. *United States v. Doe*, 136 F.3d 631, 635 n. 3 (9th 1998).

¹⁵⁴ Vgl. *United States v. Zunie*, 444 F.3d 1230, 1234 (10th Cir. 2006): “A specific intent crime is one in which an act was committed voluntarily and purposely with the specific intent to do something the law forbids.”

¹⁵⁵ Vgl. *State v. Hobbs*, 107 N.W.2d 238, 240–241 (Iowa 1961). Siehe auch *United States v. Zunie*, 444 F.3d 1230, 1234 (10th Cir. 2006).

¹⁵⁶ Vgl. *Mondie v. Commonwealth*, 158 S.W.3d 203, 207 (Ky. 2005); *People v. Hood*, 462 P.2d 370, 378 (Cal. 1969); *Dorador v. State*, 573 P.2d 839, 843 (Wyo. 1978). In diesem Sinne wird „allgemeiner Vorsatz“ oft mit den subjektiven Merkmalen in Bezug auf den *actus reus* gleichgestellt.

¹⁵⁷ Vgl. *Carter v. United States*, 530 U.S. 255, 268 (2000).

¹⁵⁸ Vgl. *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463, 473 (3d Cir. 2003).

genansicht, nach der Folter erst dann vorliegt, wenn die Zufügung von Schmerzen oder Leiden mit besonderem Vorsatz begangen wird, würde dem Opfer unüberwindbare Hindernisse entgegenstellen, den durch die UN-Antifolterkonvention garantierten Schutz in Anspruch zu nehmen.¹⁵⁹

Eine solche Auslegung legt zwar zu Recht besonderen Wert auf den Schutz der Folteropfer, lässt sich aber kaum mit dem Wortlaut des 8 C.F.R. § 208.18 (a)(5) in Einklang bringen.¹⁶⁰ Daher hat später selbst der U.S. Court of Appeals for the Third Circuit auf diese Auslegung verzichtet und sich für die Forderung eines Vorsatzes sowohl bezüglich der Misshandlung an sich als auch des Eintritts von Schmerzen und Leiden ausgesprochen.¹⁶¹

bb) „Besonderer Vorsatz“ als Absicht (purpose)?

Geht man davon aus, dass das Vorliegen eines „besonderen Vorsatzes“ für die Annahme von Folter notwendig ist, dann stellt sich angesichts der Mehrdeutigkeit dieses Terminus die Frage, was hier unter dem Begriff „besonderer Vorsatz“ verstanden werden soll. Besonders in praktischer Hinsicht ist es von Interesse zu ermitteln, ob sich der besondere Vorsatz auf Absicht im Sinne vom auf den Erfolg zielgerichteten Wollen (*purpose*) beschränkt oder darüber hinaus auch Wissentlichkeit (*knowledge*) mitefasst.

Viele strafrechtliche Entscheidungen in den USA sprechen für erstere Auslegung. So hat z.B. der U.S. Supreme Court die Ansicht vertreten, dass im Strafrecht – zumindest bei einigen schwerwiegenden Straftaten wie etwa den Tötungsdelikten – zwischen „Absicht“ (*purpose*) und „Wissentlichkeit“ (*knowledge*) differenziert werden soll,¹⁶² und dass „besonderer Vorsatz“ im Großen und Ganzen der „Absicht“ (*purpose*) entspricht.¹⁶³ Einen ähnlichen Ausgangspunkt haben auch

¹⁵⁹ Vgl. *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463, 474 (3d Cir. 2003). Denn es ist häufig fast unmöglich für das Opfer zu beweisen, dass der Täter mit besonderem Vorsatz gehandelt hat.

¹⁶⁰ Vgl. *Pierre v. Gonzales*, 502 F.3d 109, 117 (2d Cir. 2007).

¹⁶¹ Vgl. *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123, 145–146 (3d Cir. 2005).

¹⁶² Vgl. *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 405 (1980): “[T]he statutory and common law of homicide often distinguishes [...] between a person who knows that another person will be killed as the result of his conduct and a person who acts with the specific purpose of taking another’s life.” Vgl. auch *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793, 802–803 (1997): “[T]he law distinguishes actions taken ‘because of’ a given end from actions taken ‘in spite of’ their unintended but foreseen consequences.”

¹⁶³ Vgl. *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 405 (1980). Danach bedeutet der Begriff „allgemeiner Vorsatz“ im Grunde genommen „Wissentlichkeit“ (*knowledge*). Vgl. auch *Ratzlaf v. United States*, 510 U.S. 135, 141 (1994), wobei “a specific intent to commit the crime” als “a purpose to disobey the law” erklärt wird. Siehe hierzu weiter *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 101–107 (1945).

zahlreiche Gerichte sowohl auf der Bundesebene¹⁶⁴ als auch in vielen Bundesstaaten¹⁶⁵ genommen. Danach liegt erst dann Folter vor, wenn dem Opfer die Schmerzen oder Leiden absichtlich zugefügt werden. Mit anderen Worten: Die Zufügung von Schmerzen und Leiden muss gerade das Ziel sein, auf dessen Erreichung es dem Täter ankommt. Anderenfalls ist er nicht wegen der Begehung von Folter schuldig, auch wenn er weiß oder als sicher voraussieht, dass seine Handlung beim Opfer große Schmerzen oder Leiden hervorrufen wird.¹⁶⁶

Eine solche einschränkende Auslegung ist zwar in der US-amerikanischen Rechtsordnung möglich. Zwingend ist sie aber nicht. Denn andererseits kann „besonderer Vorsatz“ in den USA auch so verstanden werden, dass dieser auch Wissentlichkeit (*knowledge*) beinhaltet.¹⁶⁷ Zahlreiche Entscheidungen sprechen ebenfalls dafür, dass für den besonderen Vorsatz schon Wissentlichkeit genügt. Manchmal wird sogar in der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt, dass „besonderer Vorsatz“ mit Absicht (*purpose*) und Wissentlichkeit (*knowledge*) gleichgesetzt werden kann.¹⁶⁸ Zu beachten ist aber auch, dass die Absicht im US-amerikanischen Strafrecht oft nicht klar von der Wissentlichkeit abgegrenzt wird. So äußerte z.B. sich der U.S. Supreme Court im Jahr 1978 dahingehend, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Begriffen nicht wichtig sei.¹⁶⁹ Nach einem Teil der Rechtsprechung kann das subjektive Merkmal „besonderer Vorsatz“ bzw. „Absicht“ bereits durch die Kenntnis des Täters von den vorhersehbaren Erfolgen nachgewiesen werden.¹⁷⁰ Ausgehend von diesem Verständnis muss auch wissentliche Zufügung von Schmerzen und Leiden als Folter angesehen werden.

¹⁶⁴ Vgl. *United States v. Blair*, 54 F.3d 639, 642 (10th Cir. 1995): “In short, a specific intent crime is one in which the defendant acts not only with knowledge of what he is doing, but does so with the objective of completing some unlawful act.”

¹⁶⁵ Vgl. nur *State v. Daniels*, 109 So. 2d 869, 899 (La. 1958): “In short, specific intent is present when from the circumstances the offender must have subjectively desired the prohibited result.”

¹⁶⁶ Siehe auch Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002). S. 4: “[E]ven if the defendant knows that severe pain will result from his actions, if causing such harm is not his objective, he lacks the requisite specific intent even though the defendant did not act in good faith. Instead, a defendant is guilty of torture only if he acts with the express purpose of inflicting severe pain or suffering on a person within his custody or physical control.”

¹⁶⁷ Vgl. *Batey*, 18 Ga. St. U. L. Rev. 341, 380–381, 402 (2001).

¹⁶⁸ Vgl. *State v. Cameron*, 514 A.2d 1302, 1307 (N.J. 1986).

¹⁶⁹ Vgl. *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 445 (1978). Siehe so ebenfalls *United States v. Johnson*, 24 M.J. 101, 105 (C.M.A. 1987).

¹⁷⁰ Vgl. z.B. *United States v. Neiswender*, 590 F.2d 1269, 1273 (4th Cir. 1979); *United States v. Godwin*, 272 F.3d 659, 666 (4th Cir. 2001); *United States v. Buffalano*, 727 F.2d 50, 54 (2d Cir. 1984); *United States v. Karro*, 257 F.3d 112, 118 (2d Cir. 2001); *United States v. Silverman*, 745 F.2d 1386, 1393 (11th Cir. 1984).

Da beide Auslegungen in den USA vertretbar sind, ist sich die Rechtsprechung auch nicht einig über die Bedeutung des „besonderen Vorsatzes“ im Folterbegriff. So wird Folter häufig von der Rechtsprechung aufgrund der Entscheidung vom BIA (*Board of Immigration Appeals*)¹⁷¹ unter Verwendung der engeren Definition vom „besonderen Vorsatz“ verneint, wenn das Opfer zwar wegen unmenschlicher Bedingungen im Gefängnis große Schmerzen und Leiden erträgt, diese Bedingungen jedoch lediglich auf die schlechte Wirtschaft eines Staates zurückzuführen sind.¹⁷² Dass die Schmerzen und Leiden eine voraussehbare Konsequenz vom Einsperren des Opfers sind, ändert nichts daran.¹⁷³ Denn das Wissen, dass der Erfolg sicher aus den Misshandlungen resultieren wird, erfüllt noch nicht den besonderen Vorsatz.¹⁷⁴ Ein anderer Teil der Rechtsprechung geht hingegen von einer weiteren Definition des „besonderen Vorsatzes“ aus und nimmt Folter an, wenn es dem Täter nachweislich bewusst ist, dass große Schmerzen oder Leiden so gut wie sicher hervorgerufen werden¹⁷⁵ oder wenn sie als das einzige voraussehbare Ergebnis bestimmter Handlungen anzusehen sind.¹⁷⁶ Ein Gericht geht noch weiter und vertritt die Ansicht, dass selbst „rücksichtsloses Ignorieren“ (*reckless disregard*) unter Umständen dem besonderen Vorsatz im Folterbegriff genügen kann.¹⁷⁷

Stellt man den Schutz des Opfers in den Mittelpunkt der Überlegung, wäre eine weitere Auslegung des besonderen Vorsatzes überzeugender.¹⁷⁸ Immerhin wird gerade in Art. 1 UN-Antifolterkonvention kein besonderer Vorsatz verlangt. Eine mechanische Anwendung des Begriffs würde Ergebnisse hervorbringen, die sich weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck der UN-Antifolterkonvention in Einklang bringen lassen.¹⁷⁹ Die „haarspalterische“ Differenzierung zwischen dem besonderen und dem allgemeinen Vorsatz¹⁸⁰ soll sich nicht zuungunsten des Opfers

¹⁷¹ Vgl. In re J-E-, 23 I. & N. Dec. 291, 300–301 (B.I.A. 2002). Dort wird eine enge Auslegung des besonderen Vorsatzes i.S.d. Absicht vom BIA übernommen. Danach stellt die Verhaftung im Gefängnis in Haiti mit unmenschlichen Bedingungen keine Folter dar, denn diese Bedingungen gehen nur auf die schlechte Wirtschaft in Haiti zurück und werden nicht mit besonderem Vorsatz zur Zufügung großer Schmerzen oder Leiden geschaffen.

¹⁷² Vgl. *Cadet v. Bulger*, 377 F.3d 1173, 1193–1194 (11th Cir. 2004).

¹⁷³ Vgl. *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123, 146 (3d Cir. 2005).

¹⁷⁴ Vgl. *Pierre v. Attorney General of the United States*, 528 F.3d 180, 189 (3d Cir. 2008).

¹⁷⁵ Vgl. *Pierre v. Gonzales*, 502 F.3d 109, 118 n. 6 (2d Cir. 2007).

¹⁷⁶ Vgl. *Lavira v. Attorney General of the United States*, 478 F.3d 158, 170–172 (3d Cir. 2007).

¹⁷⁷ Vgl. *Thelemaque v. Ashcroft*, 363 F. Supp. 2d 198, 215 (D. Conn. 2005).

¹⁷⁸ Vgl. so auch *Holper*, 88 Or. L. Rev. 777, 802–803, 815–817 (2009).

¹⁷⁹ Vgl. *Thelemaque v. Ashcroft*, 363 F. Supp. 2d 198, 215 (D. Conn. 2005): “A mechanical application of the specific intent requirement might yield results at odds with the language and intent of CAT.”

¹⁸⁰ Vgl. *Frey v. State*, 708 So.2d 918, 922 (Fla. 1998) (*Anstead, J., concurs in part and dissents in part*).

auswirken. So wird auch im „Levin-Memo“ des OLC aus dem Jahr 2004 zu Recht betont, dass es nicht angemessen ist, durch Analysieren des Terminus „besonderer Vorsatz“ eine Misshandlung als rechtmäßig anzusehen, die anderenfalls als Folter qualifiziert werden würde.¹⁸¹ Festzuhalten ist jedenfalls, dass selbst wenn man den besonderen Vorsatz als Absicht versteht, die Zufügung von Schmerzen und Leiden nicht das Endziel zu sein braucht. Sonst könnten nur fanatische Sadisten Folter begehen.¹⁸² Dass der Täter beabsichtigt, durch bestimmte Misshandlungen Informationen zu erpressen, steht deswegen der Absicht bzw. dem besonderen Vorsatz hinsichtlich der Zufügung von Schmerzen oder Leiden nicht entgegen.¹⁸³

2. Absicht

a) Die Ansichten in der deutschen Literatur

Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention ist Folter darüber hinaus auch von einer bestimmten Absicht geprägt, beispielsweise der, eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, den Gefolterten für eine Tat zu bestrafen usw.¹⁸⁴ Zwar erfolgt die Prüfung der Absicht in den Entscheidungen des EGMR nicht systematisch, denn das Gericht geht davon aus, dass es keinen Zweck gibt, der die Anwendung von Folter legitimieren oder eine solche Behandlung aus dem Begriff der Folter ausschließen könnte. Dies bedeutet jedoch nur, dass es für die Qualifizierung als Folter ohne Bedeutung ist, aus welcher Absicht die Zufügung von Leiden erfolgt. In der deutschen Literatur wird weitgehend akzeptiert, dass die Absicht als Tatbestandsmerkmal der Folter unentbehrlich ist. Nur diejenige unmenschliche Behandlung, die mit bestimmter Absicht erfolgt, ist als Folter zu qualifizieren. Das Leiden muss also „nicht nur aus Nachlässigkeit oder auch bedingt vorsätzlich hervorgerufen“, sondern „zu einem bestimmten Zweck eingesetzt“ werden.¹⁸⁵

Die Meinung, dass die Folter sich nur auf repressive Geständniserzwingung beschränke und daher die von Polizeibeamten mit Rettungsabsicht ausgeübte präventive Schmerzzufügung mangels repressiver Absicht nicht unter den Folterbegriff falle,¹⁸⁶ wird in Deutschland abgelehnt.¹⁸⁷ Denn das Wort „zum Beispiel“ in Art. 1

¹⁸¹ Vgl. dazu Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 16–17.

¹⁸² Vgl. *Luban/Shue*, 100 Geo. L.J. 823, 849–850 (2012).

¹⁸³ Vgl. *Pierre v. Attorney General of the United States*, 528 F.3d 180, 190 n. 7 (3d Cir. 2008). Dort hat das Gericht darauf hingewiesen: “[P]eople commonly have dual purposes.” Vgl. weiter *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 35 (2009); *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 61; *Druce*, 6 Dartmouth L.J. 351, 366 (2008).

¹⁸⁴ Zur Kritik an der Einbeziehung der Bestrafung als Zweck sowie anderen auf Diskriminierung beruhenden Gründen, siehe *Schroeder*, FS für Spinellis, S. 1000.

¹⁸⁵ Vgl. EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 26, 35.

¹⁸⁶ In diesem Sinne *Trapp*, in: Lenzen (Hrsg.), *Folter*, S. 106 f. unter ethischem Aspekt.

¹⁸⁷ Vgl. *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 614.

Abs. 1 UN-Antifolterkonvention macht schon deutlich, dass die anschließende Auflistung keinen *Numerus clausus* bildet.¹⁸⁸ Außerdem ist kein Unterschied zwischen repressiver und präventiver Absicht im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention ersichtlich.¹⁸⁹ Vielmehr sind die Präventionsfälle auch vom Wortlaut dieses Artikels („eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen“) miterfasst.¹⁹⁰ Noch anschaulicher ist, dass Art. 1 UN-Antifolterkonvention „auch die Alternative der Folter zur bloßen Einschüchterung oder Nötigung enthält“,¹⁹¹ gleichgültig, ob der Folternde von repressiver oder präventiver Absicht ausgeht.¹⁹²

b) Die Ansichten in den USA

Auch in den USA wird sowohl in TVPA § 3 (b)(1) als auch in 8 C.F.R. § 208.18 (a)(1) ein identisches Tatbestandsmerkmal der Absicht wie in Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention geregelt. Dieses Merkmal wird jedoch von der US-amerikanischen Rechtsprechung ebenfalls kaum in den Mittelpunkt der Prüfung gestellt. Denn die Gerichte gehen davon aus, dass die nicht exklusive Auflistung der möglichen Absichten in den beiden Vorschriften – genauso wie die in Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention¹⁹³ – nur dazu dient, das Erfordernis von Vorsatz im Folterbegriff zu betonen und die gewöhnlichen Motive für Folter zu veranschaulichen. Jede andere dort nicht genannte Absicht kann ebenfalls Folter begründen.¹⁹⁴ Es muss auch nicht sein, dass der Täter ausschließlich mit einer verbotenen Absicht handelt.¹⁹⁵ Durch die Hinzufügung des Tatbestandsmerkmals der Absicht wird also lediglich darauf abgezielt, zufällig verursachte Schmerzen und Leiden aus dem Folterbegriff auszuschließen.¹⁹⁶

Ein Teil der Rechtsprechung impliziert jedoch, dass eine „legitimierte“ Absicht unter Umständen Folter negieren könnte. So liegt einer der Gründe dafür, dass die Inhaftierung im Gefängnis unter unmenschlichen Bedingungen in Haiti keine Folter darstellt, gerade darin, dass diese Maßnahme zum Schutz der Bürger vor Krimi-

¹⁸⁸ Vgl. EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 32. So ist es auch in der Entscheidung des ICTY. Vgl. dazu *Prosecutor v. Delalić*, Case No.: IT-96-21-T, § 470 (16 Nov. 1998).

¹⁸⁹ Vgl. *Prittwitz*, FS für Herzberg, S. 520.

¹⁹⁰ Vgl. *Kretschmer*, RuP 2003, 107.

¹⁹¹ Vgl. *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 802. Siehe auch *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463, 474 (3d Cir. 2003).

¹⁹² Eingehende Begründung dafür, dass das Motiv der Gefahrenabwehr bei der Begriffsbildung der Folter von vornherein nicht berücksichtigt werden darf, bei *Jahn*, KritV 2004, 37 f.

¹⁹³ Vgl. *United States v. Belfast*, 611 F.3d 783, 807 (11th Cir. 2010); S. Exec. Rep. No. 101-30, 14 (1990).

¹⁹⁴ Vgl. *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 93 (D.C. Cir. 2002).

¹⁹⁵ Vgl. *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322, 1346 n. 26 (N.D. Ga. 2002).

¹⁹⁶ Vgl. *Doe v. Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258, 1318 (N.D. Cal. 2004).

nalität, aber nicht mit einer verbotenen Absicht erfolgt.¹⁹⁷ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Eine Einschränkung der Folterdefinition anhand einer „guten“ Absicht ist nicht überzeugend in der US-amerikanischen Rechtsordnung. Denn in 18 U.S.C. § 2340 (1) wird überhaupt keine Absicht für den Folterbegriff verlangt. Bei Erlass dieser Vorschrift ging der Gesetzgeber vielmehr davon aus, dass jede unter Ausnutzung staatlicher Autorität begangene vorsätzliche Zufügung von großen Schmerzen oder Leiden ungeachtet deren konkreter Absicht unter den Folterbegriff subsumiert werden soll.¹⁹⁸ Nach dem „Levin-Memo“ des OLC darf Folter selbst aus einem „guten Grund“ (*good reason*) heraus, wie etwa zur Gewährleistung der staatlichen Sicherheit, nicht angewendet werden.¹⁹⁹ Insofern muss der konkrete Inhalt der Absicht unbeachtlich bleiben.

D. Das negative Tatbestandsmerkmal

Nicht zu übersehen ist des Weiteren der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 UN-Antifolterkonvention:

„Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“

Dieser Satz stellt ein negatives Tatbestandsmerkmal des Begriffs „Folter“ dar. Danach sind die Handlungen, die auf innerstaatlich zulässigen Sanktionen beruhen und ohne Satz 2 auch von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention erfasst werden würden, aus dem Folterbegriff auszuklammern.²⁰⁰ Die gleiche Auffassung vertritt auch der EGMR: Die Verletzung von Art. 3 EMRK setzt voraus, „dass die zugefügten Leiden und Erniedrigungen jedenfalls über das hinausgehen müssen, was unvermeidbar mit einer bestimmten Form gerechtfertigter Behandlung oder Strafe verbunden ist“.²⁰¹ Nichts anderes gilt in den USA. In 18 U.S.C. § 2340 (1), TVPA § 3 (b)(1) und 8 C.F.R. § 208.18 (a)(3) ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Zufügung von großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden, welche mit gesetzlich zulässigen Sanktionen verbunden sind oder aus diesen resultieren, nicht unter den Folterbegriff fällt. Dem entspricht auch die ständige Rechtsprechung in den USA.²⁰²

¹⁹⁷ Vgl. *Cadet v. Bulger*, 377 F.3d 1173, 1193 (11th Cir. 2004). Siehe wohl auch *Pierre v. Attorney General of the United States*, 528 F.3d 180, 189 (3d Cir. 2008).

¹⁹⁸ Vgl. *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 38–39 (2009).

¹⁹⁹ Vgl. dazu Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 17.

²⁰⁰ Vgl. *Hilgendorf*, JZ 2004, 334; *Gössel*, FS für Otto, S. 46. Krit. dazu *Schroeder*, FS für Spinellis, S. 1001 f.

²⁰¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 26.10.2000 - 30210/96 (*Kudla v. Poland*), NJW 2001, 2695.

²⁰² Vgl. nur *Cadet v. Bulger*, 377 F.3d 1173, 1193 (11th Cir. 2004).

Allerdings ist *Gössel* zu weit gegangen, wenn er die durch die im nationalen Recht vorgesehenen Notrechte (insbesondere Notwehr) gewährleisteten Handlungen schon nicht mehr als Folter erachtet, weil diese auch rechtmäßige Sanktionen gegen den Angreifer darstellten.²⁰³ Seiner Meinung nach sei eine „Rettungsfolter“ keine Folter und solle daher auch nicht dem Folterverbot unterstellt werden, solange die Voraussetzungen der Notwehr erfüllt sind. Gegen diese Auffassung werden jedoch in mehrerer Hinsicht Bedenken erhoben.

Zwar kann man wohl in allgemeinem Sinne sagen, dass der Begriff der Sanktion nicht notwendig die Verhängung eines Übels durch Rechtsakt impliziert, denn es gibt auch faktische Sanktionen.²⁰⁴ Jedoch bedeutet „Sanktion“ in der allgemeinen Rechtslehre „die mit einer rechtlichen Regelung verbundene Rechtsfolge“, „die jener zur effektiven Geltung verhelfen soll“.²⁰⁵ Demnach wäre die Notwehrhandlung schon keine strafrechtliche Sanktion gegen den Angreifer, weil sie keine „Rechtsfolge“ im Sinne des dritten Abschnitts des StGB darstellt. Zu Recht betonen auch *Jescheck* und *Weigend*:

„Obwohl das Allgemeininteresse an der Wahrung der Rechtsordnung bei der Notwehr mitspricht, hat diese nicht den Charakter einer Strafe für den Angreifer.“²⁰⁶

Außerdem könnte *Gössels* Auffassung zu einem Zirkelschluss führen: Die Feststellung, ob eine Handlung unter Folter zu subsumieren ist, hinge davon ab, ob diese Handlung durch Notwehr gerechtfertigt werden kann; diese Frage ist jedoch mit dem Folterverbot auf verfassungs- sowie internationalrechtlicher Ebene verknüpft und führt wiederum auf die erste Frage zurück. Daher ist festzuhalten, dass die Notwehrhandlung nicht von Art. 1 Abs. 1 Satz 2 UN-Antifolterkonvention, der ein negatives Tatbestandsmerkmal zum Begriff der Folter darstellt, erfasst ist und deswegen nicht ohne Weiteres aus dem Folterbegriff herausgenommen werden kann.

E. Zusammenfassung und Vergleich

Nach den oben dargestellten Überlegungen lässt sich zusammenfassend sagen: Folter bedeutet in Deutschland „die bewusste Zufügung von erheblichen Übeln zum Zwecke der Willensbrechung oder Einschüchterung einer Person durch einen Träger öffentlicher Gewalt“,²⁰⁷ die aber nicht zu den gesetzlich zulässigen Sanktionen gezählt werden kann. Der Folterbegriff wird von Art. 1 Abs. 1 UN-Antifolterkonvention abgeleitet und nicht sehr ausführlich definiert. Die Gründe dafür liegen wohl einerseits darin, dass dieser Begriff im geltenden deutschen Recht ohnehin an

²⁰³ Vgl. *Gössel*, FS für Otto, S. 46.

²⁰⁴ Vgl. *Murswiek*, NVwZ 2004, 773.

²⁰⁵ Vgl. *Weber* (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 14. Aufl. (1997), S. 1084.

²⁰⁶ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 337. Zustimmend auch *Roxin*, ZStW 93 (1981), 75 Fn. 15.

²⁰⁷ Vgl. *Merten*, JR 2003, 405.

keiner Stelle verwendet wird, und andererseits, dass der EGMR in seinen Entscheidungen immer auf eine Einzelfallprüfung abstellt.

Hingegen ist der Folterbegriff in den USA in verschiedenen Vorschriften definiert. Die Formulierungen sind zwar im Grunde genommen ähnlich, jedoch nicht ganz identisch, weshalb eine Zusammenfassung nur schwerlich möglich sein dürfte. In der US-amerikanischen Rechtsprechung wird Folter teilweise zusammengefasst als: (1) Eine Handlung, die große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden verursacht; (2) die vorsätzlich (*intentionally*) zugefügt wird; (3) die aus einer verbotenen Absicht erfolgt; (4) die von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der Gewahrsam oder körperliche Kontrolle über das Opfer hat oder auf dessen Veranlassung oder mit dessen ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis vorgenommen wird; und (5) die nicht auf gesetzlich zulässigen Sanktionen beruht.²⁰⁸ Obwohl die Bedeutung der einzelnen Merkmale seit der Ratifizierung der UN-Antifolterkonvention mehr oder weniger durch die Rechtsprechung konkretisiert worden ist, herrscht heutzutage in den USA noch heftiger Streit über die Reichweite einiger Tatbestandsmerkmale der Folter. Diese Debatte wurde vor allem durch folgenden Umstand ausgelöst: Während die Bush-Regierung vor dem Hintergrund des *war on terror* in vielfältiger Weise versucht hat, den Folterbegriff möglichst eng zu definieren und dadurch einen gewissen Raum für extreme Vernehmungsmethoden zu schaffen,²⁰⁹ bemüht sich ein Teil der Literatur, dieser Tendenz entgegenzuwirken.

Aber selbst abgesehen von den von der Bush-Regierung befürworteten engen Auslegungen wird in Deutschland und in den USA nicht immer das Gleiche unter Folter verstanden. Wegen des Verständnisses des US-Senats, das dieser als Vorbehalt zur UN-Antifolterkonvention angebracht hat, ist der Folterbegriff in den USA etwas anders als der in der UN-Antifolterkonvention und somit auch anders als der in Deutschland. Die Unterschiede bestehen vor allem in zweierlei Hinsicht: Zum einen müssen die seelischen Schmerzen oder Leiden, die seelische Folter begründen, nach der Folterdefinition in den USA „anhaltend“ sein und durch eine bestimmte Art und Weise der Misshandlungen verursacht werden. Stellt man wie die US-amerikanische Rechtsprechung keine zu hohen Anforderungen an die Dauer der seelischen Schmerzen, zeigt sich im Ergebnis eigentlich keine wesentliche Differenz zwischen den beiden Ländern hinsichtlich der erforderlichen Eingriffsschwelle für seelische Folter. Die Beschränkung der seelischen Folter auf begrenzte Misshandlungsmethoden erfolgt jedoch in der deutschen Rechtsordnung auf keinen

²⁰⁸ Vgl. *Morante-Ayasta v. U.S. Attorney General*, 366 Fed. Appx. 113, 115 (11th Cir. 2010): “[I]n order for an act to constitute ‘torture’, it must be: (1) an act causing severe physical or mental pain or suffering; (2) intentionally inflicted; (3) for an illicit or proscribed purpose; (4) by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official who has custody or physical control of the victim; and (5) not arising from lawful sanctions.” Siehe so auch *Cadet v. Bulger*, 377 F.3d 1173, 1181 (11th Cir. 2004).

²⁰⁹ So werden z.B. sehr hohe Anforderungen an die Intensität der körperlichen Schmerzen und die Dauer der seelischen Schäden gestellt.

Fall. Zum anderen müssen die großen Schmerzen oder Leiden nach der US-amerikanischen Vorstellung mit „besonderem Vorsatz“ (*specifically intended*) zugefügt werden. Zwar lässt sich der Begriff „besonderer Vorsatz“ im US-amerikanischen Strafrecht nicht eindeutig definieren. Die überwiegende Ansicht in den USA geht aber davon aus, dass „besonderer Vorsatz“ im Folterbegriff Absicht im Sinne vom auf den Erfolg zielgerichteten Wollen (*purpose*) bedeutet. Selbst nach einer weiten Auslegung kann darüber hinaus höchstens noch Wissentlichkeit (*knowledge*) mit-erfasst werden. Daher ist der Begriff „besonderer Vorsatz“ auf jeden Fall enger als der Terminus „Vorsatz“ in der Folterdefinition Deutschlands. Denn „Vorsatz“ im deutschen Strafrecht beinhaltet nicht nur Absicht als *dolus directus* 1. Grades und Wissentlichkeit, sondern auch bedingten Vorsatz. Somit genügt in Deutschland schon bedingter Vorsatz für die Annahme von Folter. Aus diesen Gründen lässt sich feststellen, dass der Folterbegriff in der US-amerikanischen Rechtsordnung nicht so umfassend wie der in Deutschland ist.

II. Begriff der Rettungsfolter

Rettungsfolter ist wörtlich genommen ein Unterbegriff der Folter. Daher muss sie auch alle Tatbestandsmerkmale der Folter erfüllen. Anders als die anderen Folterarten²¹⁰ beschränkt sich die Rettungsfolter jedoch nur auf den Bereich der Gefahrenabwehr. Das bedeutet, dass der Folternde ausschließlich mit Rettungsabsicht handelt. Deswegen versteht die vorliegende Untersuchung unter Rettungsfolter die bewusste Zufügung eines erheblichen, nicht als gesetzlich zulässige Sanktion anerkannten Übels zum Nachteil einer Person durch einen Träger öffentlicher Gewalt, um von dieser ausschließlich die Informationen zu erlangen, die für die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter anderer Menschen benötigt werden. Zu fragen ist nun, ob die Rettungsfolter in Deutschland und den USA strafrechtlich gerechtfertigt werden kann. Um einen Vergleich zwischen den beiden Rechtsordnungen zu ermöglichen, wird im Folgenden die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter in Deutschland anhand des Entführungsfalls und in den USA anhand der *ticking time bomb*-Situation erörtert. Obwohl die Sachverhalte der beiden Rettungsfolterfälle nicht identisch sind, wirkt sich der Unterschied kaum auf die rechtliche Bewertung der Rettungsfolter aus.

²¹⁰ Basierend auf den unterschiedlichen Funktionen will *Merkel*, FS für Jakobs, S. 381, vier Arten der Folter unterscheiden: Bestrafungsfolter, Beweiserhebungsfolter, Präventionsfolter sowie Rettungsfolter. Er schlägt vor, statt Rettungsfolter den Begriff „Notwehrfolter“ zu benutzen. Zu beachten ist, dass der Begriff von der „Präventionsfolter“ bei *Merkel* anders verwendet wird als bei *Jerouschek/Köbel*. Während *Merkel*, FS für Jakobs, S. 381 f. „Präventionsfolter“ als „die Auskunftserpressungsfolter gegenüber konkret oder vage Verdächtigen, um (vielleicht) Informationen zu erhalten, die zur besseren Bekämpfung künftiger Terrorgefahren jedweder Provenienz nützlich sein könnten“ definiert, benutzen *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 614, den Begriff i.S.d. von *Merkel* genannten „Rettungs- oder Notwehrfolter“.

Dritter Teil

Rettungsfolter in der deutschen Rechtsordnung

I. Entführungsfall

Zwar ist in Deutschland die Diskussion über die Rettungsfolter aufgrund des „Daschner-Falls“ entbrannt, allerdings stellt dieser Fall kein optimales Beispiel dafür dar. Denn einerseits war das Entführungsoffer zur Zeit der Misshandlung des Entführers bereits ums Leben gekommen, weshalb es sich damals tatsächlich nicht um eine Notlage handelte. Auf der anderen Seite hat der EGMR auch entschieden, dass das Verhalten der Polizeibeamten im „Daschner-Fall“ mangels hinreichender Intensität keine Folter, sondern nur „unmenschliche Behandlung“ darstellte. Daher ist die anschließende Erörterung um die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter in Deutschland anhand folgender Modifikation durchzuführen:

Der Entführer hatte ein kleines Kind in seine Gewalt gebracht und es in eine von der Außenwelt isolierte Hütte gesperrt, um von der Familie des Kindes ein Lösegeld zu erpressen. Nachdem er von der Polizei festgenommen worden war, weigerte er sich jedoch beharrlich, das Versteck des Kindes zu verraten. Angesichts der dringenden Gefahr, dass das eingesperrte Kind mangels erforderlicher Versorgung bald sterben würde, drohte der Polizeibeamte nach allen erdenklichen, aber vergeblichen Versuchen dem Entführer damit, ihm große Schmerzen zuzufügen. Als der Entführer auch dann das Versteck des Kindes noch nicht preisgab, verwirklichte der Polizeibeamte seine Drohung: Er band den Entführer auf einem Stuhl fest, fesselte seine Hände hinter dem Rücken und gab ihm eine Vielzahl intensiver Schläge ins Gesicht, bis dieser sich dem schweren Schmerz beugte und das Versteck offenbarte. Aufgrund dieser Information konnte die Polizei das entführte Kind gerade noch rechtzeitig retten.

II. Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall kommen in Deutschland vor allem die Tatbestände des § 240 StGB (Nötigung), des § 340 StGB (Körperverletzung im Amt) und des § 343 StGB (Aussageerpressung) in Betracht.

A. § 240 StGB Nötigung

Der Nötigungstatbestand des § 240 StGB schützt die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete¹ Willensbildungs- und Willensbestätigungsfreiheit des Einzelnen.²

¹ Vgl. BGHSt 37, 350, 353.

Danach wird bestraft, wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt.

1. Zum Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB

Der objektive Tatbestand der Nötigung setzt voraus, dass der Täter durch den Einsatz eines Nötigungsmittels (mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel) einen bestimmten Nötigungserfolg (Handlung, Duldung oder Unterlassung) erzielt.

a) Der Gewaltbegriff und die Rettungsfolter

Die Definition des Begriffs „Gewalt“ ist in Deutschland umstritten. Nach der klassischen Bedeutung ist „Gewalt“ körperliche Kraftentfaltung zur Überwindung eines tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstands³ in Form von *vis absoluta* und *vis compulsiva*.⁴ Dieser Begriff der Gewalt wurde aber später in der Rechtsprechung erweitert, indem das Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung aufgegeben wurde, sodass eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer für das Vorliegen von Gewalt ausreicht.⁵ In der Entscheidung zum „Laepfle-Fall“ aus dem Jahr 1969 hat der BGH den Gewaltbegriff sogar auf rein psychische Zwangswirkungen beim Opfer erweitert, nach der das Vorliegen von Gewalt bereits anzunehmen sei, wenn etwa der Fahrer einer Straßenbahn zwar keinem physisch vermittelten, aber psychisch wirkendem Zwang von einigem Gewicht ausgesetzt ist.⁶ Obwohl diese extreme weitere Auslegung des Gewaltbegriffs zunächst wegen Stimmengleichheit in der ersten Sitzblockaden-Entscheidung vom BVerfG gebilligt wurde,⁷ hat das Gericht im Jahr 1995 in der zweiten Sitzblockaden-Entscheidung schließlich festgestellt, dass bloße körperliche Anwesenheit, verbunden mit rein psychischen Zwangswirkungen, keine Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB darstellt,⁸ und somit der Tendenz der Vergeistigung des Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung eine Absage erteilt.

² Vgl. BGH NSTZ 2004, 385.

³ Vgl. RGSt 56, 87, 88.

⁴ Vgl. *Rengier*, BT II, § 23 Rdn. 2 f. Ein Teil der Literatur geht dagegen davon aus, dass *vis absoluta* kein taugliches Nötigungsmittel darstellt (vgl. so z.B. *Hruschka*, NJW 1996, 162).

⁵ Vgl. BGHSt 1, 145 ff.

⁶ Vgl. BGHSt 23, 46, 54.

⁷ Vgl. BVerfGE 73, 206.

⁸ Vgl. BVerfGE 92, 1, 16 ff.

Diese Entscheidung beendet den Streit um den Gewaltbegriff freilich nicht.⁹ Den weiteren Entscheidungen des BGH¹⁰ und des BVerfG¹¹ lässt sich eine dogmatisch und praktisch befriedigende, einhellig akzeptierte Definition von Gewalt immer noch nicht entnehmen. Die Ergebnisse sind vielmehr stark am Einzelfall orientiert,¹² und die Frage, „was Gewalt ist, ist unklarer als je zuvor“.¹³ Auch in der Literatur werden zahlreiche verschiedene Gewaltbegriffe vorgeschlagen.¹⁴ Im hier interessierenden Rettungsfolterfall erübrigt es sich aber, auf die Problematik des Gewaltbegriffs einzugehen. Denn die Zufügung körperlicher Qualen, um die rettenden Informationen zu erpressen, ist jedenfalls als „durch Anwendung körperlicher Kraft erfolgte Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten und deshalb von vornherein durch Körperkraft zu unterdrückenden Widerstandes“¹⁵ anzusehen, weshalb sie bereits unter den klassischen Gewaltbegriff fällt und unproblematisch nötige Gewalt darstellen soll.¹⁶

b) Drohung mit einem empfindlichen Übel

Die h.M. in Deutschland bezeichnet als Drohung das In-Aussicht-Stellen eines zukünftigen Übels, das verwirklicht werden soll, wenn der Gezwungene sich nicht dem Willen des Täters beugt und sich dementsprechend verhält,¹⁷ vorausgesetzt, dass der Drohende Einfluss auf das Übel hat oder er einen solchen Einfluss vorgibt.¹⁸ Unter „Übel“ versteht man „jede Einbuße an Werten oder Zufügung von Nachteilen“, was dann als empfindlich zu betrachten ist, „wenn der drohende Verlust oder der zu befürchtende Nachteil geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem mit der Drohung erstrebten Verhalten zu bestimmen“.¹⁹ Obwohl bei der Feststellung der Empfindlichkeit des Übels auch die individuellen Umstände zu berücksichtigen sind, lässt sich die rein individuelle Sichtweise nicht durchsetzen. So geht der BGH zwar seit Anfang der 1980er Jahre immer davon aus, dass das angeandrohte Übel als empfindlich angesehen werden soll, wenn der Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass „seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren“.²⁰ Dieses individuelle Kriterium wird

⁹ Zur Kritik gegen diese Entscheidung, vgl. z.B. *Amelung*, NJW 1995, 2584 ff.

¹⁰ Vgl. BGHSt 41, 182.

¹¹ Vgl. BVerfG NJW 2002, 1031; BVerfG NStZ 2007, 397; BVerfG NJW 2011, 3020.

¹² Vgl. *Fischer*, StGB, § 240 Rdn. 20.

¹³ *MK-Sinn*, § 240 Rdn. 52.

¹⁴ Vgl. *MK-Sinn*, § 240 Rdn. 55 ff. m.w.N.

¹⁵ RGSt 56, 87, 88.

¹⁶ Vgl. *Rengier*, BT II, § 23 Rdn. 24.

¹⁷ Vgl. *MK-Sinn*, § 240 Rdn. 69.

¹⁸ Vgl. BGHSt 16, 386, 387.

¹⁹ *Schönke/Schröder-Eser/Eisele*, § 240 Rdn. 9.

²⁰ BGHSt 31, 195, 201.

jedoch weiter dadurch eingeschränkt, dass ein Übel dann nicht empfindlich ist, wenn „von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“.²¹ Daher hat der BGH schließlich einen „objektiv-individuellen“ Maßstab²² übernommen, welcher wohl kaum zu einem anderen Ergebnis als das Kriterium eines „besonnenen Durchschnittsmenschen“ führen würde.²³

Im Rettungsfolterfall drohte der Polizeibeamte dem Entführer damit, ihm große Schmerzen zuzufügen. Die angedrohte Schmerzzufügung stellt ohne Zweifel ein Übel dar. Dass dieses Übel empfindlich ist, soll auch bejaht werden. Denn die Drohung, große Schmerzen zuzufügen, ist im Prinzip geeignet, einen besonnenen Menschen zur Aussage zu zwingen. Obwohl der Entführer im Rettungsfolterfall durch die Begehung der Straftat für dessen „harsche“ Vernehmung (mit-)verantwortlich ist, soll auch angesichts der großen Intensität des in Aussicht gestellten Übels nicht erwartet werden können, dass er der Drohung dennoch in besonnener Selbstbehauptung standhält.

c) Nötigungserfolg

Die Erfüllung des Nötigungstatbestands setzt des Weiteren voraus, dass ein Mensch gegen seinen Willen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt wird. Im hier interessierenden Rettungsfolterfall wird der gefolterte Entführer gegen seinen Willen zu einer Handlung, nämlich der Preisgabe der rettenden Informationen, gezwungen, sodass dieses Tatbestandsmerkmal ohne Zweifel zu bejahen zu sein scheint. Diesem Ergebnis wird aber in der Literatur nicht einhellig zugestimmt.

aa) Ansicht gegen das Vorliegen eines Nötigungserfolgs

Mitsch ist der Ansicht,²⁴ dass der Erfolgswert der Nötigung nicht durch jedwede Beschränkung faktischer Entfaltungsfreiheit verwirklicht werden könne. Der Nötigungstatbestand schütze zwar den Einzelnen vor Angriffen auf seine Freiheit zum Handeln und zum Unterlassen, die Freiheit des Menschen sei aber auch rechtlich begrenzt. In einer Gesellschaft reiche die rechtlich zuerkannte Freiheit nur so weit, wie die limitierenden Normen sie zuließen: Der Bereich jenseits der Grenze sei verschlossen, an der Grenze ende die Freiheit. Wer daran gehindert werde, ein Verbot zu übertreten, werde somit nicht zum Verzicht auf rechtlich zugeteilte Freiheit gezwungen. Dieser Zwangseffekt habe nicht den Erfolgswert einer Nöti-

²¹ Ebenda.

²² Vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT I, Rdn. 374.

²³ Vgl. *Rengier*, BT II, § 23 Rdn. 44.

²⁴ Vgl. *Mitsch*, Die Polizei 2004, 256.

gung, das Unterlassen der Verbotsübertretung sei also kein tatbestandsmäßiger Nötigungserfolg. Aus demselben Grund stelle auch das Einwirken auf den Entführer im Rettungsfolterfall mit per se unzulässigen Foltermethoden keine strafbare Nötigung dar. Denn der Entführer habe kein Recht, die Information über den Aufenthaltsort des entführten Kindes zurückzuhalten. Im Gegenteil: Er sei aufgrund der Garantenstellung zur Angabe des Ortes und der Rettung des Kindes verpflichtet. Daher habe der Entführer auch keine rechtlich geschützte Freiheit, die Preisgabe seines Wissens zu unterlassen. Werde er durch Folter zum Reden gebracht, könne dies den Tatbestand der Körperverletzung und eventuell auch der Bedrohung (§ 241 StGB) erfüllen, nicht aber den der Nötigung.

bb) Die herrschende Meinung

*Mitsch*s Ansicht stützt sich auf die Prämisse, dass das durch § 240 StGB geschützte Rechtsgut nicht die Willens- bzw. Entscheidungsfreiheit schlechthin, sondern nur die Verhaltensfreiheit ist, die von der Rechtsordnung auch anderweitig garantiert wird.²⁵ Die h.M. in Deutschland lehnt diese Einschränkung des Nötigungsnotstands jedoch ab. Denn systematisch gerät diese Ansicht mit dem geltenden Strafrechtssystem in Konflikt: Wann dem Opfer eine Verhaltensweise rechtlich garantiert wird, soll sich unter Umständen gerade erst aus § 240 StGB selbst ergeben.²⁶

Des Weiteren kann dieses Verständnis der Nötigung dazu führen, dass die Differenzierung zwischen einem tatbestandsmäßigen Verhalten und dessen Bewertung als erlaubt oder verboten aufgehoben wird. Wenn der Täter z.B. den Angreifer in einer Notwehrlage mit Gewalt zwingt, seine Waffe fallen zu lassen, begehrt er nach h.M. eine Nötigung, die freilich durch Notwehr gerechtfertigt ist. Die Ansicht, von der *Mitsch* ausgeht, würde hingegen die Verteidigung bereits begrifflich nicht als Nötigung erfassen, da die Abwehr erlaubt ist.²⁷ Dieses Ergebnis lässt sich mit dem in Deutschland herrschenden dreistufigen Deliktsaufbau nicht in Einklang bringen und kann auch zur Folge haben, dass die Vorwerfbarkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB als Rechtswidrigkeitselement ebenfalls bedeutungslos wird. Zudem ist nicht zu übersehen, dass § 240 StGB auch das Tatmerkmal „nötigen“ nennt. Daraus ergibt sich, dass es bei § 240 StGB nicht nur um die Herbeiführung des Deliktserfolgs geht, sondern auch die Art und Weise der Herbeiführung deliktprägend ist.

Das Handlungsunrecht ist also bei der Auslegung besonders zu berücksichtigen.²⁸ Obwohl es eigentlich zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands dient, stellt das Zwingen eines anderen zu normgerechtem Verhalten durch einen

²⁵ Vgl. *Jakobs*, FS für Peters, S. 69 ff.

²⁶ Vgl. *MK-Sinn*, § 240 Rdn. 5.

²⁷ Vgl. *Kindhäuser*, BT I, § 13 Rdn. 4.

²⁸ Vgl. *MK-Sinn*, § 240 Rdn. 9.

Bürger aber gerade eine grundsätzlich – also wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – zu missbilligende Handlung dar, weil dies im Prinzip nur der Staat darf.²⁹ Daher geht es fehl, wenn man nach dem einschränkenden Verständnis der Nötigung eine solche Handlung bereits von vornherein aus dem Tatbestand ausschließt. Eine derartige Einschränkung des Nötigungstatbestands erweist sich schließlich auch kriminalpolitisch betrachtet als nicht überzeugend. Denn danach würden all diejenigen, die die Grenze des gesetzlich Erlaubten übertreten, aus dem Schutzbereich des § 240 StGB ausgeklammert, sodass sie insofern schutzlos wären³⁰ und daher ein rechtsfreier Raum bestehen würde.³¹ Aus diesen Gründen ist die Ansicht, dass § 240 StGB nur rechtlich garantierte Freiheit schützt, zurückzuweisen. Dementsprechend soll entgegen *Mitschs* Auffassung davon ausgegangen werden, dass im vorliegend behandelten Rettungsfolterfall ein Nötigungserfolg, nämlich die Preisgabe der rettenden Informationen, vorliegt.

2. Verwerflichkeit

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall sind auch die Kausalität zwischen der Nötigungshandlung und dem Handlungserfolg sowie der subjektive Tatbestand unproblematisch. Zu fragen ist aber, ob die Rettungsfolter als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB angesehen werden kann.

a) Allgemeines zur Verwerflichkeitsklausel

Nach § 240 Abs. 2 StGB ist ein Verhalten erst dann wegen Nötigung strafbar, wenn es auch verwerflich ist. Diese Verwerflichkeitsklausel dient als zusätzliches Korrektiv für die weitere Tatbestandsbeschreibung in § 240 Abs. 1 StGB, sodass im täglichen Umgang der Bürger miteinander als sozialadäquat empfundene Verhaltensweisen nicht unter Strafe gestellt werden können.³² Obwohl es in Deutschland weitgehend akzeptiert worden ist, dass die Verwerflichkeit des Verhaltens eine unentbehrliche Voraussetzung für dessen Strafbarkeit darstellt, ist die systematische Einordnung der Verwerflichkeitsklausel immer noch umstritten.³³ Die h.M. sieht die Verwerflichkeit des Verhaltens als ein Rechtswidrigkeitselement an,³⁴ während eine andere Ansicht sie als ein Tatbestandsmerkmal bzw. eine Ergänzung des Tatbestands bewertet.³⁵ Teilweise wird sie aber auch als gesamtatbewertendes

²⁹ Vgl. *Ellbogen*, Jura 2005, 340.

³⁰ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 110.

³¹ Vgl. *Ellbogen*, Jura 2005, 340.

³² Vgl. BGHSt 35, 270, 275 f.

³³ Vgl. MK-Sinn, § 240 Rdn. 118 ff.

³⁴ Vgl. BGHSt 23, 46, 54 f.; 31, 195, 200; 35, 270, 275 f.

³⁵ Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Eisele, § 240 Rdn. 16.

Merkmal angesehen.³⁶ Ungeachtet dieses Streits um die systematische Einordnung ist inhaltlich mit der Verwerflichkeit ein erhöhter Grad sozialetischer Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel gemeint.³⁷ Die Verwerflichkeit ergibt sich somit aus dem Verhältnis von Nötigungsmittel und Nötigungszweck im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation.³⁸ Auch im Rettungsfolterfall ist zu fragen, ob die Rettungsfolter nach dieser Zweck-Mittel-Relation als verwerflich zu bewerten ist.

b) Die Zweck-Mittel-Relation im Rettungsfolterfall

Nach der Zweck-Mittel-Relation kann sich die Verwerflichkeit aus der rechtlichen Missbilligung entweder des Nötigungsmittels oder des Nötigungszwecks ergeben. Je massiver und intensiver das Nötigungsmittel ist und je stärker das abgenötigte Verhalten in die Freiheit des Opfers eingreift, desto näher liegt es, die Verwerflichkeit bzw. die soziale Unerträglichkeit und Strafwürdigkeit des Verhaltens nach einer Gesamtabwägung³⁹ – d.h. unter Berücksichtigung aller Umstände⁴⁰ – im Einzelfall zu bejahen.⁴¹

In Bezug auf das Nötigungsmittel spricht einiges für die Verwerflichkeit der Rettungsfolter. Denn Folter wird gerade durch die Zufügung von großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden gekennzeichnet, selbst die Rettungsfolter stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Entführers dar. In Deutschland ist die Rettungsfolter auch rechtlich missbilligt, denn sie verstößt – wie anschließend zu zeigen ist – nach h.M. gegen das Polizeirecht, ist nicht strafrechtlich gerechtfertigt und steht weder mit den Vorschriften im Grundgesetz zur Menschenwürdegarantie noch mit dem völkerrechtlichen Folterverbot in Einklang.

Die Rechtswidrigkeit des Nötigungsmittels allein führt allerdings noch nicht zur Verwerflichkeit des infrage kommenden Verhaltens. Ins Gewicht fällt in der Gesamtabwägung auch noch der verfolgte Zweck des Nötigungstäters. Gerade im hier interessierenden Rettungsfolterfall ist dieser Umstand von Bedeutung. Denn der Zweck zur Rettung des entführten Kindes als solcher ist nicht verwerflich. In der Tat hat z.B. *Prittwitz* genau in diese Richtung argumentiert, dass die Rettungsfolter nicht als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB bewertet werden solle, weil die Absicht, das Leben des Entführungsopters zu retten, „eindeutig im rechtsgutsfreundlichen Bereich einzuordnen“ sei.⁴²

³⁶ Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rdn. 40.

³⁷ Vgl. BGHSt 17, 328, 332.

³⁸ Vgl. *Kindhäuser*, BT I, § 13 Rdn. 33.

³⁹ Zur Notwendigkeit der Gesamtabwägung im Einzelfall siehe nur BVerfG NJW 1991, 971.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 17, 328, 329.

⁴¹ Vgl. *Rengier*, BT II, § 23 Rdn. 61.

⁴² Vgl. *Prittwitz*, FS für Herzberg, S. 534.

Diese Ansicht kann sich in Deutschland jedoch nicht durchsetzen. Bereits die Berücksichtigung der Rettungsabsicht in der Zweck-Mittel-Relation erweist sich als zweifelhaft. Denn diese Absicht stellt im Rettungsfolterfall vielmehr ein Fernziel dar und es ist noch ziemlich umstritten, ob die sogenannten Fernziele als „angestrebter Zweck“ im Rahmen des § 240 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden dürfen. Ein Teil der Literatur bejaht diese Frage.⁴³ Auch das BVerfG hat betont:

„[D]er Richter [darf] bei der konkreten Abwägung den eigentlichen Anlass und das alleinige Motiv der Tat als einen der wichtigsten Umstände für eine solche Bewertung nicht außer Acht lassen.“⁴⁴

Ein anderer Teil der Literatur spricht sich allerdings gegen die Heranziehung der Fernziele bei der Bewertung der Verwerflichkeit aus.⁴⁵ Der BGH geht ebenfalls davon aus, dass es weder dogmatisch noch rechtspolitisch zu billigen ist, die Fernziele bei der Verwerflichkeitsprüfung zu berücksichtigen: Diese sollen nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Danach kann der „angestrebte Zweck“ in § 240 Abs. 2 StGB nichts anderes sein als das Nahziel der Nötigung, also das in Abs. 1 genannte – das Ziel der Zwangsausübung bildende – Handeln, Dulden oder Unterlassen.⁴⁶

Auf diesen Streit muss nicht eingegangen werden, weil er für die Feststellung der Verwerflichkeit der Rettungsfolter nicht entscheidend ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Fernziele bei der Verwerflichkeitsprüfung berücksichtigt werden dürfen, stellen sie nur einen Faktor der Gesamtabwägung dar: Für die Zweck-Mittel-Relation sind also in erster Linie immer noch die Art der Gewaltanwendung und deren unmittelbares Ziel in Beziehung zu setzen, wobei dann erst bei deren gegenseitiger Gewichtung die Art der letztendlichen Motive Mitberücksichtigung findet.⁴⁷ Angesichts der rechtlichen Missbilligung der Folter sowohl in der deutschen Rechtsordnung als auch im Völkerrecht wäre es nicht möglich, die durch eindeutige Vorschriften im nationalen, europäischen und internationalen Recht indizierte Verwerflichkeit der (Rettungs-)Folter aufgrund der Rettungsabsicht des Polizeibeamten zu verneinen. Zwar kann unter Umständen die Relation schon wegen der Rechtmäßigkeit des angestrebten Zwecks nicht verwerflich sein, wenn auch das Nötigungsmittel rechtswidrig ist. Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn der Eingriff in die Freiheit des Opfers durch den Mitteleinsatz geringfügig ist.⁴⁸ Aufgrund der großen Intensität der Rettungsfolter ist dies offensichtlich nicht der Fall in der hier interessierenden Situation. Die überwiegende Ansicht in Deutschland bejaht daher trotz der Rettungsabsicht die Verwerflichkeit der Ret-

⁴³ Vgl. z.B. Schönke/Schröder-Eser/Eisele, § 240 Rdn. 29; Gromes, Präventionsfolter, S. 105 ff.

⁴⁴ BVerfGE 73, 206, 258.

⁴⁵ Vgl. Wessels/Hettinger, BT I, Rdn. 423.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 35, 270, 275 ff.

⁴⁷ Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Eisele, § 240 Rdn. 29.

⁴⁸ Vgl. Kindhäuser, BT I, § 13 Rdn. 37.

tungsfolter.⁴⁹ In der Tat hat auch das LG Frankfurt a.M. *Prittwitz*' Argument in der Entscheidung zum „Daschner-Fall“ ausdrücklich abgelehnt und sogar die Androhung von Schmerzen mit Rettungsabsicht bereits als verwerflich bewertet.⁵⁰

3. Missbrauch der Befugnisse oder der Stellung als Amtsträger

Nach § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB ist der Nötigungstäter in der Regel noch schwerer zu bestrafen, wenn er seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht. Dass der folternde Polizeibeamte Amtsträger ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

„Ein Befugnismissbrauch ist anzunehmen, wenn der Täter zwar innerhalb der tatsächlich zustehenden Kompetenzen handelt, aber dabei gesetzes- oder pflichtwidrig von ihnen Gebrauch macht, während ein Missbrauch seiner Stellung bereits darin liegen kann, dass sich der Täter ihm nicht zustehende Befugnisse anmaßt und als Nötigungsmittel einsetzt.“⁵¹

Obwohl die Polizei für die Gefahrenabwehr zuständig ist, überschreitet der folternde Polizeibeamte seine Befugnisse, weil die (Rettungs-)Folter sowohl im Polizeirecht als auch in der StPO verboten wird. Somit ist § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB im hier interessierenden Rettungsfolterfall auch erfüllt. Trotz Vorliegens dieses Regelbeispiels kann allerdings die Vermutung, dass der Rettungsfolterfall insgesamt als besonders schwer anzusehen ist, widerlegt werden. Denn dabei geht es dem folternden Polizeibeamten ausschließlich und dringend darum, das Leben des entführten Kindes zu retten, welches nach der Rechtsprechung einen massiv mildernden Umstand darstellt.⁵²

4. Zwischenergebnis

Wenn auch nicht ohne Streit, geht die h.M. in Deutschland dennoch davon aus, dass sich der folternde Polizeibeamte nach § 240 StGB strafbar gemacht hat, weil die Rettungsfolter eine schwerwiegende Verletzung der Willensbildungs- und Willensbestätigungsfreiheit des Entführers darstellt und auch verwerflich ist. Da der Polizeibeamte auch seine Befugnisse überschreitet, ist § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfüllt. Eine Bewertung des Rettungsfolterfalls als „besonders schwer“ wäre allerdings unwahrscheinlich.

⁴⁹ Vgl. nur *Ellbogen*, Jura 2005, 340 f.

⁵⁰ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 694.

⁵¹ Schönke/Schröder-*Eser/Eisele*, § 240 Rdn. 38.

⁵² Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 695 in Bezug auf den „Daschner-Fall“.

B. § 340 StGB Körperverletzung im Amt

Nach § 340 StGB wird ein Amtsträger bestraft, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht. Hier ist die Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB zu verstehen. Darunter fallen die Misshandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird,⁵³ und die Schädigung der Gesundheit, also das Hervorrufen oder Steigern eines auch nur vorübergehenden pathologischen Zustands.⁵⁴ Zwar ist die Androhung von Schmerzen nicht unbedingt als Körperverletzung anzusehen: Dies wäre erst dann der Fall, wenn die dadurch verursachte psychische pathologische Störung einen medizinisch bedeutsamen Krankheitswert besäße.⁵⁵ Die Zufügung körperlicher Schmerzen lässt sich aber ohne Zweifel als Körperverletzung bewerten. Da der folternde Polizeibeamte auch Amtsträger ist und die Rettungsfolter nicht privat motiviert, sondern in einem sachlichen Zusammenhang mit seinem Dienst ausgeübt wird, ist der Tatbestand des § 340 StGB im hier interessierenden Rettungsfolterfall erfüllt.⁵⁶

Nach § 340 Abs. 3 StGB sollen des Weiteren §§ 224 bis 229 StGB entsprechend gelten. Ob der Polizeibeamte im Rettungsfolterfall auch die Tatbestände der §§ 224, 226 StGB verwirklicht hat, ist im Wesentlichen eine Tatfrage. Da nach der Rechtsprechung⁵⁷ und der h.L.⁵⁸ in Deutschland die Körperteile selbst kein Werkzeug sein können, erfüllt im hier interessierenden Rettungsfolterfall der Polizeibeamte § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht, solange er sich dabei keines extrakorporalen Gegenstands als Waffe oder Werkzeug bedient. Die intensiven Schläge ins Gesicht könnten aber schon als eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB angesehen werden.⁵⁹ Dies wäre insbesondere der Fall, wenn die Schläge zu einem Schädelbruch oder Gehirnverletzungen hätten führen können.⁶⁰ Haben diese intensiven Schläge z.B. den Verlust des Seh- oder Sprechvermögens oder des Gehörs oder eine erhebliche dauernde Entstellung beim Folteropfer zur Folge, ist der Tatbestand des § 226 StGB (schwere Körperverletzung) auch erfüllt.

⁵³ Vgl. BGHSt 25, 277 f.

⁵⁴ Vgl. *Fischer*, StGB, § 223 Rdn. 6.

⁵⁵ Vgl. Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, § 223 Rdn. 6. Siehe auch BGHSt 48, 34, 37.

⁵⁶ Vgl. nur *Erb*, Jura 2005, 24; *Ebel*, Kriminalistik 1995, 826.

⁵⁷ Vgl. BGH GA 1984, 125.

⁵⁸ Vgl. *MK-Hardtung*, § 224 Rdn. 14.

⁵⁹ Ebenda, Rdn. 40.

⁶⁰ Vgl. OLG Hamm NSTZ-RR 2009, 15 f.

C. § 343 StGB Aussageerpressung

Nach § 343 StGB wird bestraft, wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem bestimmten Verfahren berufen ist, einen anderen körperlich misshandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen. Im Rettungsfolterfall kommt freilich nur eine Aussageerpressung im Strafverfahren in Betracht. Während die anderen Tatbestandsmerkmale, wie etwa die Eigenschaft als Amtsträger, körperliche Misshandlung und Androhung von Gewalt, im hier interessierenden Rettungsfolterfall schon als unproblematisch bewiesen worden sind, besteht in der Literatur Streit darüber, ob die Rettungsfolter auch in einem „Strafverfahren“ stattfindet, sodass der (objektive) Tatbestand des § 343 StGB erfüllt wird, und ob im Rettungsfolterfall der Polizeibeamte auch die notwendige Nötigungsabsicht hat.

1. Der objektive Tatbestand

Hinsichtlich des objektiven Tatbestands ist zu fragen, ob die Rettungsfolter in einem Strafverfahren vorgenommen wird. Dafür ist relevant, ob sie als präventive, repressive oder als sogenannte doppelfunktionelle polizeiliche Maßnahme anzusehen ist.

a) Zur präventiven Natur der Rettungsfolter

Trotz der Unterschiedlichkeit der Polizeigesetze in den Bundesländern steht in Deutschland außer Diskussion, dass die Polizei sowohl im Gefahrenabwehr- wie auch im Strafverfolgungsbereich tätig zu werden berechtigt ist. Hinsichtlich der Frage, in welchen der beiden Aufgabenbereiche eine bestimmte polizeiliche Maßnahme einzuordnen ist, gehen die Auffassungen allerdings auseinander.

Nach h.M. soll die Einordnung nach dem Schwerpunkt der polizeilichen Tätigkeit, der anhand deren objektiven Gesamteindrucks bzw. deren objektiven Zweckrichtung zu ermitteln ist, vorgenommen werden. Diese „Schwerpunkttheorie“ wird vor allem in der älteren Rechtsprechung vertreten.⁶¹ Sie findet heute aber noch in der Rechtsprechung⁶² und in einem Teil der Literatur⁶³ Zustimmung. Für die Qualifizierung einer Maßnahme als präventiv-polizeiliche oder als solche der strafprozessualen Ermittlung ist danach entscheidend, „wie sich der konkrete Lebenssachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher

⁶¹ Vgl. OVG Berlin NJW 1971, 637; OVG Münster NJW 1980, 855; VGH Mannheim NVwZ 1989, 412.

⁶² Vgl. VGH München BayVBl. 2010, 220.

⁶³ Vgl. *Ruder/Schmitt*, Polizeirecht, Rdn. 723; *LR-Böttcher*, § 23 EGGVG Rdn. 18.

Betrachtungsweise darstellt“.⁶⁴ Dabei ist freilich auch der Grund für das Einschreiten, den die Polizei selbst dem Betroffenen auf Verlangen angibt, zu berücksichtigen.⁶⁵ Zudem wird die Ansicht vertreten, dass im Zweifel zur Geltung kommen muss, dass Gefahrenabwehr wichtiger als Strafverfolgung ist. Ist also bei einer polizeilichen Maßnahme der Schwerpunkt der Strafverfolgung wegen deren besonderer Dringlichkeit oder Bedeutung nicht sichtbar, soll vom Schwerpunkt der Gefahrenabwehr ausgegangen werden.⁶⁶

Eine andere Ansicht in der Literatur wirft der Schwerpunkttheorie u.a. die Einschränkung der Handlungsbefugnisse der Polizei sowie die mangelnde Rechtsicherheit vor⁶⁷ und stellt bei der Qualifizierung einer polizeilichen Tätigkeit als präventive oder repressive Maßnahme auf die subjektive Zielsetzung bzw. die Absicht der Polizei ab.⁶⁸ Danach ist für die Einordnung einer polizeilichen Maßnahme in den Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbereich die bei ihrer Vornahme verfolgte Zielsetzung bzw. die Finalität dieser Maßnahme entscheidend. Die Polizei kann sich sogar bei bestimmten Maßnahmen sowohl auf das Polizeigesetz als auch auf die StPO berufen, sodass diese doppel funktionellen Maßnahmen zugleich präventiv und repressiv sind. Wenn aber in einer bestimmten Situation der Zweck der Polizei unklar ist, soll die Beurteilung als Gefahrenabwehr wieder Vorrang genießen.⁶⁹

Eine ausführliche Auseinandersetzung zwischen den beiden Auffassungen erübrigt sich im Rahmen dieser Untersuchung. Denn im hier interessierenden Rettungsfolterfall führen die beiden Ansichten zu demselben Ergebnis.⁷⁰ Nach der Schwerpunkttheorie stellt die Rettungsfolter eine präventive polizeiliche Maßnahme dar. Da der folternde Polizeibeamte lediglich die Information über den Aufenthaltsort des entführten Kindes erpresst, müsste ein verständiger Bürger in der Lage des Betroffenen davon ausgehen, dass es bei der Rettungsfolter nur um die Gefahrenabwehr, also um die Rettung des Kindes geht.⁷¹ In Betracht kommt noch die Tatsache, dass im Rettungsfolterfall der Polizeibeamte die Kooperation des Entführers benötigt. Um diese zu erreichen, würde der Polizeibeamte wahrscheinlich dem Ent-

⁶⁴ BVerwGE 47, 255, 265.

⁶⁵ Vgl. ebenda.

⁶⁶ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rdn. 15.

⁶⁷ Vgl. *Schenke*, NJW 2011, 2841 ff.; *ders.*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 423.

⁶⁸ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 423.

⁶⁹ Vgl. *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 1 Rdn. 62 ff., 65. Gegen den Vorrang der Beurteilung als Gefahrenabwehr jedoch *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 422.

⁷⁰ Vgl. so auch *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 52 f.

⁷¹ Dagegen aber *Saliger*, ZStW 116 (2004), 62. Nach seiner Meinung soll es bei der Vernehmung aus Sicht des Betroffenen bereits um Strafverfolgung gehen.

führer den Grund für die Misshandlungen ausdrücklich erklären,⁷² sodass ein objektiver Gesamteindruck entstehen kann, dass der Schwerpunkt der Rettungsfolter im Bereich der Gefahrenabwehr liegt.

Nach *Herzog* und *Roggan* soll sich daran selbst dann nichts ändern, wenn zur Zeit der Rettungsfolter strafverfolgende Maßnahmen (§ 152 Abs. 2 StPO) – wie im „Daschner-Fall“ – bereits eingeleitet worden sind. Zwar liegt der Schwerpunkt der polizeilichen Tätigkeit nach dem Beginn von strafverfolgenden Maßnahmen im Prinzip auf repressiver bzw. strafprozessualer Ebene. In Fällen von konkreten Gefahren für das Leben von Menschen lässt sich aber ein repressiver Schwerpunkt der polizeilichen Maßnahme kaum vertreten. In diesen Fällen muss das an der Aufklärung von Straftaten orientierte Strafverfahrensrecht zugunsten des die effektive Abwehr von Lebensgefahr bezweckenden Polizeirechts zurücktreten, weshalb ein präventiver Schwerpunkt der polizeilichen Tätigkeit zu bejahen ist.⁷³ In ähnlicher Weise argumentiert *Rogall*, dass nämlich die Polizei aus Gründen der Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes präventiv eingreifen kann und muss, wenn sich die Abwehr einer Gefahr situativ als dringlich darstellt. Daher soll beispielsweise die Gewaltandrohung im „Daschner-Fall“ trotz des eingeleiteten Strafverfahrens als eine reine Präventivmaßnahme angesehen werden.⁷⁴

Von der subjektiven Zielsetzung des Polizeibeamten ausgehend ist die Rettungsfolter auch von präventiver Natur. Denn die Definition der Rettungsfolter zeigt schon, dass der Polizeibeamte dabei mit Rettungsabsicht handelt. So ist es noch deutlicher im „Daschner-Fall“, wobei *Daschner* in den Akten ausdrücklich vermerkte:

„Die Befragung [...] dient nicht der Aufklärung der Straftat, sondern ausschließlich der Rettung des Lebens des entführten Kindes.“⁷⁵

Hinzu kommt noch, dass selbst im Zweifelfall angesichts der Vorrangigkeit der Gefahrenabwehr davon ausgegangen werden soll, dass die Rettungsfolter – statt der Strafverfolgung – der Gefahrenabwehr dient. Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass es sich im vorliegenden Rettungsfolterfall lediglich um Gefahrenabwehr handelt.

b) Präventive Maßnahme und Strafverfahren

Das Tatbestandsmerkmal „Strafverfahren“ in § 343 StGB ist nach h.M. im weiteren Sinne zu verstehen. Darunter fällt nicht nur das Hauptverfahren, sondern auch z.B. das polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren, selbst wenn

⁷² A.A. *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 796. Danach weiß der vermeintliche Täter ohnehin nicht, ob er gerade repressiv oder präventiv befragt wird.

⁷³ Vgl. *Herzog/Roggan*, GA 2008, 147.

⁷⁴ Vgl. *Rogall*, FS für Rudolphi, S. 539.

⁷⁵ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692.

es noch nicht förmlich eingeleitet ist.⁷⁶ Umstritten ist aber, ob der Polizeibeamte im Rettungsfolterfall, der ausschließlich mit präventiver Motivation den Entführer körperlich misshandelt, auch im „Strafverfahren“ handelt.

Eine Ansicht in der Literatur bejaht diese Frage.⁷⁷ Zur Begründung weist *Kinzig* darauf hin, dass die historische Auslegung des § 343 StGB für eine weitere Interpretation des Tatbestands zu sprechen scheine.⁷⁸ Zudem stellen einige Autoren die durch § 343 StGB geschützten Rechtsgüter in den Mittelpunkt der Argumentation. Denn zum einen schütze § 343 StGB die Rechtspflege im Sinne ihrer rechtsstaatlichen Integrität und ihrer verfassungsgemäßen Ausübung. Der Tatbestand der Aussageerpressung diene insofern als materiell-rechtliches Spiegelbild des § 136a StPO. Durch § 343 StGB solle nämlich verhindert werden, dass die Rechtsordnung mit gesetzwidrigen Vernehmungs- bzw. Befragungsmethoden durchgesetzt werde. Die Gefahr der Kontaminierung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens bestehe aber auch dann, wenn Aussagen von Tatverdächtigen zu präventiven Zwecken abgenötigt werden.⁷⁹ Zum anderen schütze § 343 StGB auch die Willensfreiheit des Tatbetroffenen. Diese sei auch bei der Folter in präventiver Absicht tangiert. Daher solle die Rettungsfolter in den Tatbestand der Aussageerpressung einbezogen werden.⁸⁰

Einige andere Autoren argumentieren schließlich, dass heutzutage eine eindeutige Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Polizeiverhalten bereits angesichts der Entwicklung der modernen Gesellschaft sowie der Aktivität des Gesetzgebers nicht mehr möglich sei.⁸¹ Dies sei insbesondere der Fall bei den sogenannten doppel funktionellen Maßnahmen der Polizei, unter die auch die Rettungsfolter fallen solle.⁸² Trotz Wahrnehmung präventiv-polizeilicher Aufgaben betreffe nämlich die begehrte Auskunft jedenfalls auch das „Strafverfahren“, weshalb die Rettungsfolter ebenfalls vom Wortlaut des § 343 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB erfasst werde.⁸³

⁷⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, § 343 Rdn. 2.

⁷⁷ Vgl. z.B. *Roxin*, FS für Eser, S. 462; *SK-Wolters*, § 343 Rdn. 4; *Müller/Formann*, Die Polizei 2003, 316; *Möhlenbeck*, Folterverbot, S. 74 ff.

⁷⁸ Vgl. *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 794 f.

⁷⁹ Vgl. in diese Richtung auch *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 128. Danach verlangt bereits das Rechtsgut der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, dass der fragwürdigen Erhebung Einhalt geboten wird. Daher erfüllt die Rettungsfolter an sich schon den Tatbestand des § 343 StGB, wenn auch der Polizeibeamte nicht beabsichtigt, die erpresste Aussage im Strafverfahren zu verwerten.

⁸⁰ Vgl. *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 795 f. Siehe auch *Saliger*, ZStW 116 (2004), 62.

⁸¹ Vgl. *Jahn*, KritV 2004, 39.

⁸² Vgl. *Schild*, in: *Gehl* (Hrsg.), Folter, S. 66 im spezifischen Zusammenhang mit dem „Daschner-Fall“.

⁸³ Vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 522 f. Siehe auch *Jäger*, FS für Herzberg, S. 543 f.

Die überwiegende Ansicht in Deutschland lehnt allerdings diese weitere Auslegung ab. Danach sind die polizeilichen Handlungen zur Gefahrenabwehr, selbst wenn sie innerhalb eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens stattfinden, nicht unter den Begriff „Strafverfahren“ i.S.d. § 343 StGB zu subsumieren.⁸⁴ Somit erfüllt die Rettungsfolter bereits nicht den objektiven Tatbestand der Aussageerpressung. In der Tat hat der BGH schon im Jahr 1954 entschieden, dass die Nachforschungen, die ein Polizeibeamter lediglich zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes anstellt, nicht von § 343 StGB a.F. erfasst wird.⁸⁵ Danach können also präventiv-polizeiliche Verfahren nicht unter den Tatbestand des § 343 StGB a.F. fallen.⁸⁶ Zwar ging es in dieser Entscheidung um die Frage, ob die dort zu überprüfende polizeiliche Maßnahme zur „Untersuchung“ i.S.d. § 343 StGB a.F. gehört und dieses Tatbestandsmerkmal („Untersuchung“) bereits in der geltenden Fassung durch die aufgelisteten Verfahrensarten abgelöst worden ist. Aus einem Vergleich der in der aktuellen Fassung des § 343 StGB aufgeführten Verfahren mit denen, die der BGH in dieser Entscheidung unter den Begriff „Untersuchung“ subsumiert,⁸⁷ ergibt sich allerdings, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschriften nicht auf die präventiv-polizeilichen Maßnahmen erweitern wollte.⁸⁸ Dieses Ergebnis wurde auch in der Begründung des Gesetzentwurfs bestätigt.⁸⁹ Darüber hinaus hat das BVerfG auch festgestellt, dass der Beschuldigte im Strafverfahren im Vergleich zu anderen Verfahrensarten besonders zu schützen ist:

„Während das geltende Recht [...] Beschuldigten durchweg ein Schweige- und Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung zubilligt, gilt dies nicht in gleicher Weise für solche Personen, die aus besonderen Rechtsgründen [...] gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen.“⁹⁰

Die Aussageerpressung im Strafverfahren widerspricht gerade diesem herausgehobenen Schutz vor Selbstbezeichnung und wird daher vom Gesetzgeber besonders durch § 343 StGB unter schwere Strafe gestellt. Die im präventiv-polizeilichen Bereich stattfindende Rettungsfolter ist zwar auch rechtswidrig, sie greift aber immerhin nicht in das Recht des Betroffenen vor Selbstbezeichnung ein. Daher soll die Rettungsfolter verhältnismäßig nicht in gleichem Umfang wie die Aussageerpressung im Strafverfahren zu bestrafen sein: Sie soll nicht unter den

⁸⁴ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, StGB, § 343 Rdn. 2; *Fischer*, StGB, § 343 Rdn. 2; *S/S/W-Kudlich*, § 343 Rdn. 4; *NK-Kuhlen*, § 343 Rdn. 6; *Erb*, Jura 2005, 24.

⁸⁵ Vgl. BGHSt 6, 144.

⁸⁶ Vgl. *Rogall*, FS für Rudolphi, S. 519.

⁸⁷ Vgl. dazu BGHSt 6, 144, 145.

⁸⁸ Vgl. *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 519.

⁸⁹ Vgl. BT-Drucks. 7/550, S. 278: „Den Kreis der Verfahrensarten grenzt der Entwurf aus Gründen der Klarheit des Tatbestandes im Einzelnen ab, ohne jedoch insoweit das geltende Recht, wie es in der Rechtsprechung und im Schrifttum ausgelegt wird, sachlich zu ändern.“

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 56, 37, 45.

objektiven Tatbestand des § 340 StGB fallen.⁹¹ Obwohl sich heutzutage eine eindeutige Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Polizeiverhalten häufig schwer ziehen lässt, bedeutet dies bei Weitem nicht, dass eine solche Trennung im Einzelfall immer unmöglich wäre, sodass eine weitere Auslegung des § 340 StGB zwingend ist. Gerade im Rettungsfolterfall soll man – wie oben festgestellt – davon ausgehen, dass es dabei um eine präventive polizeiliche Maßnahme geht.

2. Der subjektive Tatbestand

Zahlreiche Autoren in der Literatur vertreten zudem die Ansicht, dass im Rettungsfolterfall der subjektive Tatbestand der Aussageerpressung nicht erfüllt wird. Denn der subjektive Tatbestand des § 343 StGB verlangt die Absicht, „das Opfer zu einer verfahrensrelevanten Aussage oder Erklärung [...] zu nötigen“,⁹² was beim lediglich mit Rettungsabsicht folternden Polizeibeamten aber gerade fehlt.⁹³ So hat z.B. *Zieschang* argumentiert, dass § 343 StGB die Absicht voraussetzt, den Betroffenen zu einer Aussage, Erklärung oder Unterlassung in dem Verfahren zu nötigen, und es dem nötigenden Täter im Sinne von *dolus directus* 1. Grades darauf ankommen muss, dieses Ziel zu erreichen. Diese Absicht fehlt gerade im Rettungsfolterfall, weil dabei der Polizeibeamte allein zu präventiven Zwecken eine Aussage erstrebt. Daran ändert sich nichts, wenn man die Rettungsfolter als doppel funktionelle polizeiliche Maßnahme qualifiziert. Denn selbst wenn die erzwungene Aussage Relevanz im Strafverfahren hat, ist dies höchstens nur eine sichere Folge des Polizeiverhaltens, ohne dass der folternde Polizeibeamte darauf abzielt. Somit ist § 343 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB im Rettungsfolterfall nicht verwirklicht.⁹⁴

In der Literatur ist zum Teil streitig, ob es im Rettungsfolterfall überhaupt möglich ist, einerseits – also beim objektiven Tatbestand – vom Vorliegen eines Strafverfahrens auszugehen, aber zugleich auf der subjektiven Seite die strafverfahrensbezogene Nötigungsabsicht des folternden Polizeibeamten zu verneinen.⁹⁵ Da sich dieser Streit nicht unmittelbar auf das Prüfungsergebnis auswirkt, wird hier nicht darauf eingegangen.

⁹¹ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 108 ff.; *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 56.

⁹² *Lackner/Kühl*, StGB, § 343 Rdn. 4.

⁹³ Vgl. nur *Miehe*, NJW 2003, 1220; *Norouzi*, JA 2005, 307; *Ellbogen*, Jura 2005, 339 f.; *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 619; *Jeßberger*, Jura 2003, 712; *Rogall*, FS für Rudolphi, S. 538; *Lackner/Kühl*, StGB, § 343 Rdn. 4; *Prittwitz*, FS für Herzberg, S. 529 f.; *Ebel*, Kriminalistik 1995, 825 f.; *Ambos/Rackow*, Jura 2006, 947. *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 710 hält dies auch für möglich, weil es eine „Tatfrage“ sei. Vgl. dazu auch LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 695.

⁹⁴ Vgl. *LK-Zieschang*, § 343 Rdn. 25 f. Ähnlich auch *Weilert*, Folterverbot, S. 198; danach ist die Rettungsabsicht des Polizeibeamten keinesfalls doppel funktional, auch wenn man davon ausgehen kann, dass die durch Folter erworbene Aussage doppelten Nutzen hat.

⁹⁵ Dazu siehe *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 106 f.

3. Zwischenergebnis

Die Rettungsfolter im hier interessierenden Fall ist von präventiver Natur, weshalb sie nach h.M. in Deutschland nicht unter den Tatbestand des § 343 StGB fällt. Jedenfalls hat sich der folternde Polizeibeamte mangels der Absicht, den Entführer zu einer Aussage oder Erklärung in dem Strafverfahren zu nötigen, nicht gemäß § 343 StGB strafbar gemacht. In der Literatur wird zwar vorgeschlagen, die Vorschrift des § 343 StGB *de lege ferenda* um die Tatbestandsalternativen der Nötigung zu gefahrenabwehrenden Zwecken zu ergänzen.⁹⁶ *De lege lata* verwirklicht die Rettungsfolter den Tatbestand des § 343 StGB allerdings nicht.

D. Ergebnis zur Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter

Die Rettungsfolter erfüllt den Tatbestand des § 340 StGB. Ob der folternde Polizeibeamte auch § 340 Abs. 3 StGB verwirklicht, ist eine Tatfrage. Die h.M. in Deutschland bejaht im Rettungsfolterfall des Weiteren die Tatbestandsmäßigkeit des § 240 StGB und sieht sie auch als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB an. § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB ist ebenfalls erfüllt. Hingegen kommt § 343 StGB nach h.M. nicht in Betracht.

III. Keine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis

A. Allgemeines

Nach der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter ist weiter zu prüfen, ob sie gerechtfertigt werden kann. Dabei ist zu ermitteln, ob eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis für die Rettungsfolter existiert. Denn ungeachtet des Streits über dessen genauen Umfang ergibt sich aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung – in Verbindung mit der Subsidiarität des Strafrechts –, dass das, was öffentlich-rechtlich erlaubt ist, strafrechtlich nicht rechtswidrig sein kann.⁹⁷ Nach h.M. in Deutschland sind die öffentlich-rechtlichen Befugnisnormen für die Polizei in erster Linie nach dem Schwerpunkt der polizeilichen Tätigkeit festzustellen. Handelt es sich um repressive Strafverfolgung, gelten die Vorschriften der StPO, dagegen werden präventiv-polizeiliche Tätigkeiten ausschließlich von den Polizeigesetzen erfasst.⁹⁸ Da der Polizeibeamte bei der Rettungsfolter nur zur Ge-

⁹⁶ Vgl. Herzog/Roggan, GA 2008, 142 ff.

⁹⁷ Vgl. Roxin, AT I, § 14 Rdn. 31.

⁹⁸ Vgl. KK-Griesbaum, § 163 Rdn. 22.

fahrenabwehr handelt, ist seine Befugnisnorm nach dem Polizeigesetz des jeweiligen Bundeslandes zu bestimmen. Die Ermächtigungsgrundlagen der StPO kommen hingegen nicht in Betracht.⁹⁹ Des Weiteren ist die Rettungsfolter gekennzeichnet durch die Aufforderung des Polizeibeamten gegenüber dem Entführer, eine Aussage zu machen. Daher sollen die Ermächtigungsgrundlagen für die polizeiliche Befragung bzw. Vernehmung und die Auskunftspflicht des Entführers sowie ihre Durchsetzbarkeit mit Mitteln des Verwaltungszwangs nach dem Polizeirecht im Mittelpunkt der Prüfung stehen.

B. Die Spezialbefugnis zur Befragung

Die Befragung ist ein klassisches, wichtiges Mittel der polizeilichen Informationsgewinnung bzw. Datenerhebung. Als Ermächtigungsgrundlage für die einfache Befragung kann schon die Generalklausel im Polizeigesetz dienen. Die Befugnis zur einfachen Befragung ist im hier interessierenden Rettungsfolterfall allerdings ohne Belang, weil sie gar keine korrespondierende Auskunftspflicht des Befragten nach sich zieht.¹⁰⁰ Zu prüfen ist hier somit vielmehr die Spezialbefugnis im Polizeigesetz zur Befragung, die mit der Befragung, die dann gelegentlich auch „Vernehmung“ genannt wird,¹⁰¹ eine unbeschränkte oder eine beschränkte Auskunftspflicht des Befragten korrespondieren lässt.¹⁰²

Eine solche Spezialbefugnis ist – trotz der verschiedenen Formulierungen – in den Polizeigesetzen aller Bundesländer vorgesehen.¹⁰³ So ist in einigen Bundesländern geregelt, dass die Polizei jede Person befragen kann, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, bzw. wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die Person sachdienliche Angaben machen kann, die zur Wahrnehmung einer (bestimmten) „polizeilichen Aufgabe“ erforderlich sind.¹⁰⁴ In einigen anderen Bundesländern setzt die polizeiliche Befragung voraus, dass von der befragten Per-

⁹⁹ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 38; *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 615.

¹⁰⁰ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 14 Rdn. 1. Gerade aus diesem Grund stellt die einfache Befragung keinen Eingriff in das Recht des Befragten auf informationelle Selbstbestimmung dar und wird dafür im Prinzip keine Spezialbefugnis im Polizeigesetz neben der Generalklausel vorgesehen.

¹⁰¹ Vgl. z.B. § 35 BWPoIG.

¹⁰² Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 14 Rdn. 1.

¹⁰³ Siehe § 20 Abs. 1 BWPoIG; Art. 12 BayPAG; § 18 Abs. 1 und 3 BerlASOG; § 11 Abs. 1 BbgPoIG; § 13 Abs. 1 BremPoIG; § 3 Abs. 1 HambGDatPol; § 12 Abs. 1 HessSOG; § 28 Abs. 1 MVSOG; § 12 Abs. 1 NdsSOG; § 9 Abs. 1 NWPoIG; § 9a Abs. 1 RPPOG; § 11 Abs. 1 SaarlPoIG; § 18 Abs. 1 SächsPoIG; § 14 Abs. 1 SASOG; § 180 Abs. 1 SHL-VwG; § 13 Abs. 1 ThürPAG.

¹⁰⁴ Vgl. dazu § 20 Abs. 1 BWPoIG; § 18 Abs. 3 BerlASOG; § 11 Abs. 1 BbgPoIG; § 3 Abs. 1 HambGDatPol; § 28 Abs. 1 MVSOG; § 12 Abs. 1 NdsSOG; § 9 Abs. 1 NWPoIG; § 9a Abs. 1 RPPOG; § 11 Abs. 1 SaarlPoIG; § 18 Abs. 1 SächsPoIG; § 180 Abs. 1 SHL-VwG; § 13 Abs. 1 ThürPAG.

son Angaben zur Aufklärung eines Sachverhalts in einer bestimmten „polizeilichen Angelegenheit“ erwartet werden können.¹⁰⁵ Der Begriff „polizeiliche Angelegenheit“ ist zwar relativ neu, er bringt aber im Vergleich zum Begriff „polizeiliche Aufgabe“ keine Veränderungen oder Erweiterungen mit sich. Denn die „Angelegenheit“ muss innerhalb des polizeilichen Aufgabenbereichs liegen, sonst ist sie nicht polizeilich.¹⁰⁶ In der Tat werden die beiden Begriffe sogar zugleich in derselben Vorschrift im Polizeigesetz des Bundeslandes Berlin verwendet.¹⁰⁷

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall ist diese Spezialbefugnis des Polizeibeamten, den Entführer zu befragen, ohne Schwierigkeit zu bejahen: Erstens liegt auf der Hand, dass es sich bei der Rettungsfolter um eine bestimmte polizeiliche Aufgabe handelt. Denn die Gefahrenabwehr fällt zweifellos in den Aufgabenbereich der Polizei.¹⁰⁸ Eine „Gefahr“ im materiell-polizeirechtlichen Sinne liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit¹⁰⁹ ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹¹⁰ Da im Rettungsfolterfall der Tod des entführten Kindes zu befürchten ist, muss vom Vorliegen einer Lebensgefahr ausgegangen werden, und die Rettungsfolter dient auch gerade zur Abwehr dieser Gefahr. Daran ändert sich selbst dann nichts, wenn das entführte Kind, wie im „Daschner-Fall“, zur Zeit der Rettungsfolter in der Tat bereits tot war. Denn auch in diesem Fall ist zumindest eine Anscheinsgefahr anzunehmen, die die Polizei zur Befragung des Entführers berechtigt.¹¹¹

Zweitens versteht es sich auch von selbst, dass die befragte Person im Rettungsfolterfall, also der Entführer, sachdienliche Angaben machen kann, die zur Erfüllung der polizeilichen Aufgabe bzw. zur Rettung des entführten Kindes erforderlich sind. Diese Annahme lässt sich freilich auch auf Tatsachen stützen.¹¹² Gerade von dem Entführer ist die Angabe zum Versteck des entführten Kindes zu erwarten. Hier geht es nicht um die Befragung einer Person, die in keiner Beziehung zu dem aufzuklärenden Sachverhalt steht. Eine grundlose Befragung („ins Blaue hinein“) stellt die Rettungsfolter auf keinen Fall dar.

¹⁰⁵ Vgl. § 13 Abs. 1 BremPolG; § 12 Abs. 1 HessSOG; § 14 Abs. 1 SASOG. So auch § 18 Abs. 1 BerlASOG.

¹⁰⁶ Vgl. Lisken/Denninger-*Rachor*, Kap. E Rdn. 203.

¹⁰⁷ Vgl. § 18 Abs. 1 BerlASOG („polizeiliche Angelegenheit“) und dort Abs. 3 („polizeiliche Aufgabe“).

¹⁰⁸ Vgl. nur § 1 Abs. 1 BWPoIG.

¹⁰⁹ Vgl. *V. Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 6 Rdn. 3, 7.

¹¹⁰ Vgl. *Wolf/Stephan/Deger*, Polizeigesetz, § 1 Rdn. 20.

¹¹¹ Vgl. *Kretschmer*, RuP 2003, 104.

¹¹² In einigen Bundesländern wird nicht einmal geregelt, dass diese Annahme durch Tatsachen gerechtfertigt werden muss. Vgl. z.B. § 20 Abs. 1 BWPoIG; § 9a Abs. 1 RPPOG.

„Erforderlich ist die Befragung dann, wenn ohne sie die polizeiliche Aufgabe nicht, nicht sachgerecht oder nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung wahrgenommen werden kann.“¹¹³

Da im Rettungsfolterfall der Polizeibeamte das entführte Kind nicht auf andere Weise rechtzeitig finden kann, ist hier auch die Voraussetzung der Erforderlichkeit zu bejahen.

C. Auskunftspflicht des Befragten

Die Spezialbefugnis der Polizei zur Befragung bedeutet noch nicht, dass der Befragte seinerseits immer zur Auskunftserteilung verpflichtet ist.¹¹⁴ Weiterer Prüfung bedarf somit die Frage, ob im Rettungsfolterfall der Entführer auch zur Auskunft über den Aufenthaltsort des Kindes verpflichtet ist. Anschließend wird zunächst diskutiert, ob diese Informationspflicht des Entführers in den Polizeigesetzen begründbar ist. Danach muss festgestellt werden, ob diese Pflicht dennoch begrenzt wird.

1. Begründung der Auskunftspflicht

Die Voraussetzungen für die Auskunftspflicht des Befragten sind in den Polizeigesetzen der Bundesländer nicht immer dieselben. Im Ergebnis lässt sich aber festhalten, dass dem Entführer in allen Bundesländern eine Auskunftspflicht auferlegt werden kann.¹¹⁵

a) Die weitgehende Auskunftspflicht

In einigen Bundesländern ist eine sehr weitgehende Auskunftspflicht des Betroffenen geregelt. Im Polizeigesetz des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern ist z.B. allgemein vorgesehen, dass eine Person, die befragt wird, die erforderlichen Angaben zu machen hat.¹¹⁶ Eine identische Vorschrift findet sich auch im Polizeigesetz von Schleswig-Holstein.¹¹⁷ In diesen beiden Bundesländern wird die Auskunftspflicht somit schon an die Befugnis der Polizei zur Befragung als solche geknüpft. Da der Polizeibeamte im Rettungsfolterfall zur Befragung berechtigt ist, ist der Entführer danach auch verpflichtet, das Versteck des entführten Kindes anzugeben. Nichts anderes gilt im Ergebnis in den Bundesländern Rheinland-Pfalz und

¹¹³ Wolf/Stephan/Deger, Polizeigesetz, § 1 Rdn. 7.

¹¹⁴ Vgl. Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Kap. Rdn. 56.

¹¹⁵ Vgl. Kretschmer, RuP 2003, 104; Jerouschek/Köbel, JZ 2003, 615 f.

¹¹⁶ Vgl. § 28 Abs. 2 MVSOG.

¹¹⁷ Vgl. § 180 Abs. 2 SHLVwG.

Saarland. Denn in den Polizeigesetzen der beiden Länder ist auch eine weitgehende Auskunftspflicht im Bereich der Gefahrenabwehr vorgesehen, nach der der Betroffene zu Angaben verpflichtet ist, solange diese zur Abwehr einer Gefahr erforderlich sind.¹¹⁸ Weil die Information über den Aufenthaltsort des entführten Kindes im hier interessierenden Rettungsfolterfall auf jeden Fall erforderlich zur Abwehr der Lebensgefahr für das Kind ist, wird der Entführer danach zweifellos verpflichtet, sie anzugeben.

b) Einschränkung durch die Verantwortlichkeit

Eine so weitgehende Auskunftspflicht wird allerdings in den meisten Bundesländern abgelehnt. So wird in den Polizeigesetzen der Bundesländer Hessen,¹¹⁹ Niedersachsen¹²⁰ und Sachsen-Anhalt¹²¹ der Umfang der Auskunftspflicht dadurch eingeschränkt, dass eine solche Pflicht im Prinzip nur für die Störer, also diejenigen, die für die abzuwehrende Gefahr verantwortlich sind, besteht. Die Nicht-Störer werden hingegen nur unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands zur Auskunft verpflichtet. Eine ähnliche Vorschrift findet sich zudem im Bundesland Bremen.¹²² Auch in diesen Ländern ist die Auskunftspflicht des Entführers im Rettungsfolterfall ohne Schwierigkeit zu bejahen. Denn er hat ja die Gefahr für das Leben des Kindes verursacht, indem er es entführt und versteckt, sodass er auf jeden Fall als Störer im Sinne des Polizeirechts anzusehen ist.¹²³ Zwar bedeutet in diesen Bundesländern der Verweis auf die Regelungen über die polizeirechtliche Verantwortlichkeit, dass eine Auskunftspflicht des Befragten nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr bestehen kann: Befragungen zur Vorsorge für die Gefahrenabwehr verpflichten hingegen nicht zur Auskunftserteilung.¹²⁴ Dies ändert allerdings nichts am Ergebnis, weil im hier interessierenden Rettungsfolterfall gerade eine konkrete Lebensgefahr für das entführte Kind besteht.

c) Über die Angaben zur Person hinausgehende Auskünfte

In den Polizeigesetzen der meisten Bundesländer wird zwischen der Pflicht zur Angabe von Personalien und der Pflicht zu weiteren Auskünften differenziert. Auf Befragen durch die Polizei ist der Befragte danach verpflichtet, die Informationen zur Person, also Namen, Vornamen, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und

¹¹⁸ Vgl. § 9a Abs. 2 RPPOG; § 11 Abs. 1 SaarlPolG.

¹¹⁹ Vgl. § 12 Abs. 2 i.V.m. §§ 6, 7, 9 HessSOG.

¹²⁰ Vgl. § 12 Abs. 2 i.V.m. §§ 6–8 NdsSOG.

¹²¹ Vgl. § 14 Abs. 2 i.V.m. §§ 7, 8, 10 SASOG.

¹²² Vgl. § 13 Abs. 2 BremPolG.

¹²³ Vgl. so auch *Wageländer*, Rettungsfolter, S. 48.

¹²⁴ Vgl. Liskan/Denninger-Rachor, Kap. E Rdn. 214.

ggf. auch Staatsangehörigkeit, anzugeben.¹²⁵ Die im Rettungsfolterfall vom Entführer zu verlangende Angabe zum Versteck des entführten Kindes geht allerdings über persönliche Informationen hinaus. Daher soll in diesen Bundesländern häufig¹²⁶ weiter geprüft werden, ob der Entführer zur Auskunft über den Aufenthaltsort des Kindes verpflichtet ist.

aa) Auskunftspflicht bei Vorliegen einer besonderen Gefahr

In einigen Bundesländern erstreckt sich die Auskunftspflicht auf die Informationen, die über die Personalien des Befragten hinausgehen, wenn sie für die Abwehr einer besonderen Gefahr notwendig sind. So ist in den Polizeigesetzen der Bundesländer Baden-Württemberg¹²⁷ und Sachsen¹²⁸ vorgesehen, dass die befragte Person verpflichtet wird, die über die personenbezogenen Angaben hinausgehenden Auskünfte zu erteilen, wenn die Befragung der Abwehr einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte dient. Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch im Polizeigesetz von Hamburg.¹²⁹ Angesichts des gefährdeten Lebens sowie der beeinträchtigten Freiheit des entführten Kindes im Rettungsfolterfall ist den Polizeigesetzen dieser Bundesländer eine Auskunftspflicht des Entführers ohne Weiteres zu entnehmen.

bb) Auskunftspflicht bei Vorliegen einer gesetzlichen Handlungspflicht

Eine qualifizierte Auskunftspflicht hinsichtlich weiterer, nicht personenbezogener Informationen kann auch dann bestehen, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht der befragten Person vorliegt. Eine solche Vorschrift findet sich etwa in den Bundesländern Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Thüringen.¹³⁰ Die Bedeutung und der Umfang der „gesetzlichen Handlungspflicht“ sind freilich in Deutschland noch nicht hinreichend geklärt.¹³¹ Auf diese Problematik muss hier allerdings nicht eingegangen werden. Denn als gesetzliche Handlungspflichten kommen jedenfalls solche in Betracht, deren Nichtbeach-

¹²⁵ Vgl. § 20 Abs. 1 BWPoIG; Art. 12 BayPAG; § 18 Abs. 3 BerlASOG; § 11 Abs. 2 BbgPoIG; § 13 Abs. 2 BremPoIG; § 3 Abs. 2 HambGDatPol; § 9 Abs. 2 NWPoIG; § 9a Abs. 2 RPPOG; § 18 Abs. 3 SächsPoIG; § 13 Abs. 2 ThürPAG.

¹²⁶ Diese Auskunftspflicht kann freilich in einigen Bundesländern bereits aus anderen Gründen bestehen, sodass die Prüfung hier nicht mehr notwendig ist. So ist es z.B. – wie oben bereits festgestellt – in den Bundesländern Bremen (Auskunftspflicht wegen Verantwortung) und Rheinland-Pfalz (weitgehende Auskunftspflicht zur Gefahrenabwehr).

¹²⁷ Vgl. § 20 Abs. 1 BWPoIG.

¹²⁸ Vgl. § 18 Abs. 6 i.V.m. Abs. 5 Nr. 1 SächsPoIG.

¹²⁹ Vgl. § 3 Abs. 2 HambGDatPol.

¹³⁰ Vgl. Art. 12 BayPAG; § 18 Abs. 3 BerlASOG; § 11 Abs. 2 BbgPoIG; § 13 Abs. 2 BremPoIG; § 3 Abs. 2 HambGDatPol; § 9 Abs. 2 NWPoIG; § 13 Abs. 2 ThürPAG.

¹³¹ Vgl. nur *Gusy*, NVwZ 1991, 617.

tung als Unterlassungsdelikt strafbar ist. Dies sind nicht nur die Nichtanzeige geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB und die unterlassene Hilfeleistung gemäß § 323c StGB. Hierzu zählen auch die Handlungspflichten, die sich aus einer strafrechtlichen Garantenstellung ergeben und bei Untätigkeit unechte Unterlassungsdelikte begründen können. Wer also einen anderen in Gefahr bringt, kann unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz als Auskunftspflichtiger in Anspruch genommen werden.¹³²

Da im hier interessierenden Rettungsfolterfall der Entführer durch objektiv pflichtwidriges Tun, also die Entführung und Einsperrung des Kindes, eine nahe Gefahr für die Rechtsgüter dieses Kindes geschaffen hat, ist er jedenfalls aufgrund der Ingerenz zur Abwendung des drohenden Todeserfolgs und zu entsprechenden Rettungsmaßnahmen, wie etwa zur Preisgabe des Verstecks des Kindes, verpflichtet. Dieser Garantenpflicht würde es nicht einmal entgegenstehen, wenn der Entführer von Anfang an den Tod des entführten Kindes vorsätzlich verursachen will. Zwar gibt es einige Einwände sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung¹³³, die überwiegende Ansicht in Deutschland geht jedoch davon aus, dass eine Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun auch dann entstehen kann, wenn das Vorverhalten vorsätzlich auf die Verwirklichung des Erfolges ausgerichtet war. In diesem Fall tritt das Unterlassungsdelikt erst auf Konkurrenzebene zurück, die Garantenpflicht aus Ingerenz bleibt hiervon unberührt.¹³⁴ Hinzu kommt, dass hier eine Hilfspflicht nach § 323c StGB wohl ebenfalls begründet werden kann. Im Ergebnis sind deshalb im Rettungsfolterfall eine gesetzliche Handlungspflicht und daher auch eine Auskunftspflicht des Entführers anzunehmen.¹³⁵

2. Begrenzung der Auskunftspflicht

Zu beachten ist aber, dass die aus den Polizeigesetzen abzuleitende Auskunftspflicht des Entführers nicht ausnahmslos besteht. Sie kann andererseits durch das Auskunftsverweigerungsrecht eingeschränkt werden. In der Tat ist in den Polizeigesetzen einiger Bundesländer angesichts der Gefahr der Selbst- oder Angehörigenbezeichnung ein relativ umfassendes Aussageverweigerungsrecht des Befragten vorgesehen. So wird im Polizeigesetz des Saarlands geregelt, dass die befragte Person die Auskunft auf solche Fragen verweigern kann, deren Beantwortung ihr selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Zur Verweigerung der Auskunft sind ferner die in §§ 53 und 53a StPO

¹³² Vgl. Lisken/Denninger-Rachor, Kap. E Rdn. 219.

¹³³ Vgl. z.B. BGH NSTZ-RR 1996, 131.

¹³⁴ Vgl. nur *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 725; *Kühl*, AT, § 18 Rdn. 105a; *Roxin*, AT II, § 32 Rdn. 193.

¹³⁵ Eingehende Begründung bei *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 49 ff.; so auch *Welsch*, BayVBl. 2003, 486.

genannten Personen nach Maßgabe dieser Vorschriften berechtigt.¹³⁶ In ähnlicher Weise ist in den Polizeigesetzen der Bundesländer Berlin,¹³⁷ Hamburg¹³⁸ und Sachsen-Anhalt¹³⁹ vorgesehen, dass §§ 52 bis 55 StPO entsprechend gelten. Obwohl der Schwerpunkt der Rettungsfolter im Bereich der Gefahrenabwehr liegt, lässt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, dass die Preisgabe des Verstecks des entführten Kindes für den Entführer die Gefahr bedeutet, strafrechtlich verfolgt zu werden. Somit soll der Entführer in diesen Bundesländern die Auskunft über den Aufenthaltsort des Kindes verweigern dürfen.¹⁴⁰

In den meisten Bundesländern steht dem Entführer ein solches Auskunftsverweigerungsrecht hingegen nicht zu. In einigen Ländern, wie etwa Bayern, Brandenburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen und Thüringen, ist ein Aussageverweigerungsrecht des Befragten gar nicht vorgesehen. In den Polizeigesetzen einiger anderer Bundesländer wird zwar ein Aussageverweigerungsrecht des Befragten geregelt. Dies soll allerdings nicht gelten, wenn die Auskunft für die Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist.¹⁴¹ Da im hier interessierenden Rettungsfolterfall gerade eine konkrete Lebensgefahr für das entführte Kind besteht, wird der Entführer in diesen Bundesländern auch nicht zur Verweigerung der Auskunft über das Versteck des Kindes berechtigt. Die Auskunftspflicht des Entführers ist somit festgestellt.¹⁴²

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis gilt, dass im Rettungsfolterfall der Entführer in den Bundesländern, in denen nur ein eingeschränktes oder sogar gar kein Aussageverweigerungsrecht vorgesehen ist, dazu verpflichtet ist, das Versteck des entführten Kindes anzugeben.

D. Rettungsfolter als polizeiliches Zwangsmittel

1. Rechtslage nach den Polizeigesetzen

Mit der Schlussfolgerung, dass der Entführer im hier interessierenden Rettungsfolterfall zur Auskunft über den Aufenthaltsort des entführten Kindes verpflichtet

¹³⁶ Vgl. § 11 Abs. 1 SaarlPolG.

¹³⁷ Vgl. § 18 Abs. 6 BerlASOG.

¹³⁸ Vgl. § 3 Abs. 3 HambGDatPol.

¹³⁹ Vgl. § 14 Abs. 2 SASOG.

¹⁴⁰ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 60 f.; *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 616.

¹⁴¹ Vgl. § 20 Abs. 1 BWPolG; § 12 Abs. 2 HessSOG; § 28 Abs. 2 MVSOG; § 12 Abs. 5 NdsSOG; § 9a Abs. 3 RPPOG; § 18 Abs. 6 SächsPolG; § 180 Abs. 2 SHLVwG.

¹⁴² Vgl. *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 201.

wird, ist allerdings nicht gesagt, dass diese Pflicht auch mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden darf. Zwar ist die Polizei berechtigt, durch bestimmte Zwangsmittel den seiner Pflicht nicht nachkommenden Betroffenen zur Erfüllung seiner Pflicht zu zwingen.¹⁴³ In der Praxis ist aber eine bestehende Auskunftspflichtung kaum mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Die Ersatzvornahme kommt z.B. schon nicht in Betracht, weil die von dem Befragten zu erzwingende Auskunft keine vertretbare Handlung ist.¹⁴⁴ In den Polizeigesetzen einiger Bundesländer ist zwar ausdrücklich geregelt, dass ein Zwangsgeld festgesetzt werden kann, wenn die Auskunft unberechtigt verweigert wird.¹⁴⁵ Im Rettungsfolterfall scheidet das Zwangsgeld aber jedenfalls mangels Effektivität aus.¹⁴⁶ Denn dieses muss schriftlich festgesetzt werden und darf erst anschließend beigetrieben werden, weshalb es für die Abwehr akut drohender Gefahren als Druckmittel zu spät kommen wird.¹⁴⁷

Erfolgversprechend bleibt somit nur unmittelbarer Zwang, der als *ultima ratio* gilt und durch Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel oder durch Waffen erfolgt.¹⁴⁸ Die Anwendbarkeit unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung einer Auskunftspflicht erweist sich in Deutschland allerdings als sehr fraglich. Denn die Tätigkeit der Polizei im Rechtsstaat benötigt eine explizite Handlungsermächtigung durch die Gesetze.¹⁴⁹ Die Durchsetzung der Pflicht zur Erteilung von Auskünften mit Mitteln des unmittelbaren Zwangs ist aber in keinem der Landespolizeigesetze vorgesehen.¹⁵⁰ Ganz im Gegenteil: Die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Auskunft ist vielmehr in den Polizeigesetzen aller Bundesländer ausgeschlossen.¹⁵¹

In den Polizeigesetzen einiger Bundesländer, wie etwa Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein,¹⁵² ist hinsichtlich der polizeilichen Befragung bzw. Vernehmung geregelt, dass § 136a StPO entsprechend gilt. Dies bedeutet, dass die Norm über verbotene Vernehmungsmethoden auch im Rahmen der Gefahrenabwehr gilt. Die Auskunft zur Gefahrenabwehr darf somit ebenfalls nicht auf die in § 136a StPO beschriebene Weise, also z.B. nicht

¹⁴³ Vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 525. Die zulässigen Zwangsmittel sind nach dem Polizeigesetz des jeweiligen Bundeslandes zu bestimmen.

¹⁴⁴ Vgl. *Lisken/Denninger-Rachor*, Kap. E Rdn. 240.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. § 20 Abs. 1 BWPolG.

¹⁴⁶ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 66.

¹⁴⁷ Vgl. *Lisken/Denninger-Rachor*, Kap. E Rdn. 240.

¹⁴⁸ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 24 Rdn. 14.

¹⁴⁹ Vgl. *Kretschmer*, RuP 2003, S. 104.

¹⁵⁰ Vgl. *Kudlich*, JuS 2005, 377. So auch LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 693.

¹⁵¹ Vgl. dazu *V. Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 13 Rdn. 53; *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11 Kap. Rdn. 23; *Wolf/Stephan/Deger*, Polizeigesetz, § 35 Rdn. 10.

¹⁵² Vgl. § 18 Abs. 6 BerIASOG; § 3 Abs. 3 HambGDatPol; § 28 Abs. 2 MVSOg; § 9a Abs. 5 RPPOG; § 180 Abs. 2 SHLVwG.

durch Misshandlung, körperlichen Eingriff, Quälerei oder durch Drohung mit Schmerzzufügung¹⁵³ erlangt werden, weil diese Maßnahmen die Freiheit der Willensentschließung und Willensbestätigung des Befragten beeinträchtigen und gegen die Menschenwürdegarantie im Grundgesetz verstoßen.¹⁵⁴ Unter diese verbotenen Methoden fällt freilich auch die Folter zur Herbeiführung von Aussagen.¹⁵⁵

In einigen anderen Bundesländern, wie etwa Bayern, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Thüringen,¹⁵⁶ wird in Bezug auf die Anwendung unmittelbaren Zwangs ein ausdrückliches Verbot nominiert, nach dem unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist. Dadurch ist nicht nur jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf den Auskunftspflichtigen, sondern auch ihre Androhung verboten. Denn es darf nur ein Zwangsmittel angedroht werden, das auch erlaubt ist.¹⁵⁷ Die Folter zur Erzwingung einer Auskunft scheidet somit ebenfalls aus.

In zahlreichen Bundesländern, wie etwa Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt,¹⁵⁸ kommen sogar beide Modelle kumulativ zur Anwendung.¹⁵⁹ In diesen Polizeigesetzen ist also nicht nur vorgesehen, dass § 136a StPO bei der polizeilichen Befragung entsprechend gilt, sondern auch, dass die Polizei bei Vernehmungen zur Herbeiführung einer Aussage keinen Zwang anwenden darf¹⁶⁰ oder dass unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist. Die Rechtslage nach den Polizeigesetzen in Deutschland zeigt somit deutlich, dass die Rettungsfolter zur Erpressung der Auskunft über den Aufenthaltsort des entführten Kindes nicht in Betracht kommen kann.¹⁶¹

¹⁵³ Vgl. *K. Günther*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), *Folter*, S. 104.

¹⁵⁴ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 693.

¹⁵⁵ Vgl. KK-*Diemer*, § 136a Rdn. 1.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 58 Abs. 2 BayPAG; § 58 Abs. 2 BbgPolG; § 55 Abs. 2 NWPoLG; § 56 Abs. 2 ThürPAG.

¹⁵⁷ Vgl. *Lisken/Denninger-Rachor*, Kap. E Rdn. 855.

¹⁵⁸ Vgl. § 35 Abs. 1 und 2 BWPoLG; § 13 Abs. 4 BremPolG; §§ 12 Abs. 4, 52 Abs. 2 HessSOG; §§ 12 Abs. 4, 69 Abs. 7 NdsSOG; §§ 11 Abs. 1, 49 Abs. 1 SaarlPoLG; § 18 Abs. 8 und 9 SächsPolG; §§ 14 Abs. 5, 58 Abs. 7 SASOG.

¹⁵⁹ Vgl. *Ziegler*, *KritV* 2004, 53 f.; *Wilhelm*, *Die Polizei* 2003, 201.

¹⁶⁰ Nach dem Wortlaut einer solchen Vorschrift (vgl. § 35 Abs. 1 BWPoLG) soll jede Art von Zwangsmaßnahme – also nicht nur unmittelbarer Zwang – ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme dazu bildet aber das Zwangsgeld, wenn der Gesetzgeber dieses Zwangsmittel für den Fall der unberechtigten Auskunftsverweigerung spezifisch zugelassen hat (vgl. § 20 Abs. 1 BWPoLG). Siehe dazu *Wolf/Stephan/Deger*, *Polizeigesetz*, § 35 Rdn. 4.

¹⁶¹ Vgl. *Ziegler*, *KritV* 2004, 54; *Neuhaus*, *GA* 2004, 525; *Kretschmer*, *RuP* 2003, 104; *Jäger*, *JA* 2008, 679.

2. Zur teleologischen Reduktion des Folterverbots im Polizeirecht

Trotz des klaren Folterverbots in den Polizeigesetzen wird in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, dass im Rettungsfolterfall eine teleologische Reduktion des Folterverbots im Polizeirecht geboten sei. Zur Begründung werden einerseits eine sogenannte Wertungslücke und andererseits die staatliche Schutzpflicht herangezogen.

a) *Das Argument der Wertungslücke*

aa) Zur These der Wertungslücke

Nach *Brugger* lässt das Polizeirecht unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung polizeirechtlicher Pflicht generell zu, und zwar in nach Art und Intensität der drohenden Gefahr abgestufter Weise.¹⁶² Wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist, ist sogar nach dem Polizeigesetz der finale Rettungsschuss zulässig. Dadurch würden zwei generelle Maximen des Polizeirechts deutlich: Polizeirecht habe Gefahren effektiv abzuwehren und zu beseitigen; und die Polizei habe Gesetz und Recht zu schützen und denjenigen, der deren Grenzen überschreitet, in seine Schranken zu verweisen. Für den Rettungsschuss heißt dies: Unschuldiges Leben muss nicht zugunsten des Lebens des Störers geopfert werden.¹⁶³ Die Tatbestandsvoraussetzungen des finalen Rettungsschusses würden aber auch im Rettungsfolterfall erfüllt, weil die Rettungsfolter das einzig mögliche Mittel zur Abwehr einer konkreten Lebensgefahr darstelle. Da unter diesen Voraussetzungen sogar die gezielte Tötung des Täters zur Rettung eines Unschuldigen erlaubt werde, solle die Rettungsfolter in Analogie dazu ebenfalls polizeirechtlich erlaubt sein. Diese Analogie setze freilich voraus, dass eine Lücke besteht. Hinsichtlich des Folterverbots im Polizeirecht existiere zwar keine Formulierungslücke, weil unmittelbarer Zwang zur Erzwingung einer Auskunft ausnahmslos verboten ist. Insofern liege aber eine „Wertungslücke“ vor. Eine solche „Wertungslücke“ ist nach *Brugger* gegeben in Fällen, in denen die Rechtsordnung zwar für einen zu beurteilenden Sachverhalt eine einschlägige Norm bereitstelle und somit eine rechtliche Bewertung vorgibt, diese Wertung aber, weil z.B. die gesetzliche Anordnung zu weit oder zu eng gefasst ist, im Lichte anderer Normen, die die betreffende Rechtsordnung ebenfalls enthält, als unvernünftig, unangemessen und ungerecht erscheint und daher anders und besser gelöst werden sollte.¹⁶⁴ Gerade in Bezug auf den Rettungsfolterfall seien die Vorschriften in den Polizeigesetzen, die die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Herbeiführung

¹⁶² Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 448.

¹⁶³ Vgl. nur § 54 Abs. 2 BWPoIG.

¹⁶⁴ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, 167; *ders.*, VBIBW 1995, 448.

einer Aussage verbieten, zu weit gefasst. Ihr klarer Wortlaut stelle sich – im Vergleich zum tödlichen Rettungsschuss – als ungerecht dar, weshalb eine teleologische Reduktion vorgenommen werden müsse. Das absolute Verbot der Zwangs-anwendung bei der polizeilichen Befragung oder Vernehmung solle danach im Rettungsfolterfall nicht gelten.¹⁶⁵

bb) Zur Kritik an Brugger

Bruggers Ansicht wird in Deutschland ganz überwiegend abgelehnt.¹⁶⁶ Es wird eingewendet, dass es sich hierbei nur um Ermächtigungsnormen zu polizeilichen Maßnahmen handelt. Zu beachten ist hier allein das Interesse des Zwangs-adressaten und nicht auch das des Opfers. Eine Abwägung der kollidierenden Interessen findet hier nicht statt, sonst könnte den Polizeibeamten dadurch eine Definitionsmacht zuerkannt werden,¹⁶⁷ was zu einer unerträglichen Erweiterung der Polizeibefugnis und einem Verlust der Kontur des Polizeigesetzes führen würde und Art. 20 Abs. 3 GG widerspricht.¹⁶⁸

Darüber hinaus hat *Brugger* die sogenannte Wertungslücke durch einen Vergleich zwischen der Vorschrift zum finalen Rettungsschuss im Polizeigesetz und der zum Verbot der Aussageerzwingung abgeleitet. Diese Begründung verkennt jedoch die Entkopplung von Leben und Menschenwürde: Während der finale Rettungsschuss lediglich in das Recht des Täters auf Leben eingreift, tangiert die Aussageerzwingung hingegen seine Würde.¹⁶⁹ Da der Lebensschutz gegenüber der Menschenwürdegarantie nicht verfassungsrechtlich höherrangig gestaltet worden ist, liegt hier gar kein Wertungswiderspruch vor.¹⁷⁰ Tötung und Folter lassen sich also nicht miteinander gleichsetzen¹⁷¹ und die Ausnahmeregelung des Rettungsschusses ist somit auch keine analogiefähige Regelung.¹⁷²

Überdies hat *Brugger* zur Herleitung der Wertungslücke auch die Begriffe der Vernunft, Gerechtigkeit und Angemessenheit herangezogen.¹⁷³ Eine solche Begründung unterliegt aber einem methodischen Einwand. Denn diese Begriffe sind

¹⁶⁵ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, 168 f.

¹⁶⁶ Vgl. so z.B. *Pieroth/Schlack/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 14 Rdn. 13; *Lisken/Denninger-Rachor*, Kap. E Rdn. 862; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 558a. Siehe auch *Hilgendorf*, JZ 2004, 337: „Bruggers Vorschlag ist in der Literatur bislang überwiegend abgelehnt worden.“

¹⁶⁷ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 75 f.

¹⁶⁸ Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 693.

¹⁶⁹ Zur Beziehung zwischen Leben und Menschenwürde eingehend unten Teil 3, V.E.3.

¹⁷⁰ Vgl. *Welsch*, BayVBl. 2003, 485; *Kümmel*, Nötigung, S. 302.

¹⁷¹ Vgl. *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 617 Fn. 42.

¹⁷² Vgl. *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 202.

¹⁷³ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, 167.

einerseits als „holistische Größen“ kaum handhabbar,¹⁷⁴ andererseits taugen sie auch nicht als Deduktionsgrundlage für Einzelentscheidungen:

„Vernunft und Gerechtigkeit sind wichtige Ziele für die Arbeit der Gerichte und die Rechtskultur als Ganze. Aber der einzelne Jurist kann sie weder handhaben noch definieren.“¹⁷⁵

Die durch Berufung auf Vernunft oder Gerechtigkeit erfundene Wertungslücke könnte somit dazu führen, dass „die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür“ umschlägt.¹⁷⁶ Mit anderen Worten: Dass man sich mit diesen Begriffen über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzt, könnte wohl nichts anderes als ein Ausdruck subjektiver Willkür sein, wodurch der Verlust an Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit droht. Selbst wenn man also vom Vorliegen einer solchen Wertungslücke ausgehen dürfte, kann sie auch nur vom Gesetzgeber selbst geschlossen werden. Die von *Brugger* befürwortete rechtliche Zulässigkeit der Folter stellt – wie er selbst anerkennt – einen Tabubruch dar, und es kann schlechthin nicht in der Hand von Juristen liegen, einen solchen Tabubruch „herbeizuinterpretieren“.¹⁷⁷

b) *Argument anhand der staatlichen Schutzpflicht*

aa) Die Schutzpflicht im Rettungsfolterfall

In der Literatur wird teilweise auch die Ansicht vertreten, dass die Vorschriften der Polizeigesetze für das absolute Folterverbot der dem Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG immanenten staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Entführungsofopfer entgegenstünden und daher durch verfassungskonforme Auslegung im Rettungsfolterfall nicht anwendbar seien. Denn dort werde die Würde des entführten Kindes auch vom Entführer verletzt, und nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG sei dem Staat die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen (hier also des Kindes) zu schützen. Diese Schutzpflicht sei im Vergleich zur staatlichen Pflicht, die Menschenwürde des Entführers zu achten, nicht nachrangig. Da im Rettungsfolterfall seitens des Entführungsofopfers eine qualifizierte Form der Würdeverletzung vorliege, die Menschenwürde des Ofopfers also weitaus stärker betroffen sei als die des Entführers, müsse der Staat zur Erfüllung der Schutzpflicht unmittelbaren Zwang zur Erlangung der rettenden Auskunft einsetzen.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 302 f.

¹⁷⁵ Vgl. *Christensen*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit, S. 152 f.

¹⁷⁶ Ebenda.

¹⁷⁷ Vgl. *Hong*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 27.

¹⁷⁸ Vgl. *H. Götz*, NJW 2005, 956.

bb) Schutzpflicht und polizeiliche Eingriffsbefugnis

Auch diese Ansicht lässt sich in Deutschland nicht durchsetzen. Denn einerseits bleibt zu ermitteln, ob im Rettungsfolterfall die staatliche Schutzpflicht trotz Verletzung der Menschenwürde des Entführers noch zu erfüllen ist. Da sich die Antwort auf diese Frage unmittelbar auf die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter auswirkt, wird erst dort darauf eingegangen werden.¹⁷⁹ Hier ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die h.M. in Deutschland diese Frage verneint.

Andererseits ist es auch äußerst problematisch, ob sich die Eingriffsbefugnisse der Polizei ausnahmsweise auf die allgemeine, in der Regel inhaltlich unbestimmte Schutzpflicht des Grundgesetzes stützen lassen. Während einige Autoren – wie etwa auch *Brugger*¹⁸⁰ – diese Frage bejahen, geht die h.M. in Deutschland hingegen davon aus, dass sich kein Titel für entsprechende polizeiliche Eingriffsbefugnisse aus den durch die Grundrechte begründeten staatlichen Schutzpflichten ableiten lässt. Die Schutzpflichten vermögen danach allenfalls den zuständigen Gesetzgeber zur Schaffung entsprechender Rechtsgrundlagen zu verpflichten.¹⁸¹ Denn die Ableitung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse aus den staatlichen Schutzpflichten widerspricht dem Erfordernis des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts, der eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt,¹⁸² und verstößt gegen das Verbot, von der Kompetenz bzw. Aufgabe auf die Befugnis zu schließen. Da die grundrechtlichen Schutzpflichten an sich nicht näher spezifiziert und erst vom Gesetzgeber zu konkretisieren sind, würde die Gegenansicht zwangsläufig zu einer unerträglichen Erweiterung der Polizeibefugnis sowie einem Verlust an Rechtssicherheit führen.¹⁸³

Hinzu kommt, dass durch die Ableitung von Eingriffsbefugnissen aus Schutzpflichten auch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung unterlaufen wird, denn die Gefahrenabwehr liegt im Zuständigkeitsbereich der Bundesländer. Käme die Eingriffsbefugnis nun aber aus der verfassungsrechtlichen Verantwortung der Bundesregierung für das Gemeinwohl, so unterläge die Abwehr in diesen Fällen auch ihrem Kompetenzbereich.¹⁸⁴ Nach h.M. ist somit die Ableitung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse aus den staatlichen Schutzpflichten abzulehnen.

Eine dritte, vermittelnde Ansicht besagt zwar, dass unmittelbarer Zwang in extremen Fällen zur Gefahrenabwehr, insbesondere zur Rettung von Leben, auf der Basis der grundrechtlichen Schutzpflicht eingesetzt werden darf. Hier muss also als *ultima ratio* unmittelbar auf die Schutzpflicht zurückgegriffen werden können.

¹⁷⁹ Vgl. dazu Teil 3, V.E.4.c) und d).

¹⁸⁰ Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 449.

¹⁸¹ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 41.

¹⁸² Ebenda.

¹⁸³ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 79 ff.

¹⁸⁴ Vgl. *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 46.

Allerdings setzt dies voraus, dass sich der unmittelbare Zwang in jedem Fall unterhalb der Schwelle der Folter bzw. der Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen hält.¹⁸⁵ Auch nach dieser Meinung scheidet die Rettungsfolter als polizeiliche Maßnahme aus.

E. Zwischenergebnis

Eine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis für die Ausübung der Rettungsfolter existiert in Deutschland nicht. Obwohl im Rettungsfolterfall eine Verpflichtung des Entführers, den Aufenthaltsort des entführten Kindes preiszugeben, nach den Polizeigesetzen aller Bundesländer zunächst bestehen kann, wird diese Auskunftspflicht in einigen Bundesländern durch das Aussageverweigerungsrecht des Betroffenen begrenzt: Steht also dem befragten Entführer ein relativ umfassendes Aussageverweigerungsrecht zu, scheidet seine Auskunftspflicht schon dadurch aus. Aber selbst in Bundesländern, in denen nur ein eingeschränktes oder sogar gar kein Auskunftsverweigerungsrecht des Befragten vorgesehen ist, ist die bestehende Auskunftspflicht des Entführers nicht mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen. Denn die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Auskunft, hier in der Form der Rettungsfolter, ist in den Polizeigesetzen aller Bundesländer absolut verboten. Eine teleologische Reduktion dieses Folterverbots im Polizeirecht aufgrund einer „Wertungslücke“ oder staatlicher Schutzpflichten lehnt die h.M. in Deutschland ab.

IV. Berufung der Hoheitsträger auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe

Nach der Feststellung, dass sich keine Eingriffsbefugnis aus dem Polizeirecht ergibt, ist weiter zu prüfen, ob die Rettungsfolter strafrechtlich gerechtfertigt werden kann. In Deutschland ist aber schon die Frage, ob sich die Hoheitsträger überhaupt auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, vor allem die Notwehr und den rechtfertigenden Notstand, berufen dürfen. Angesichts des auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe verweisenden Notrechtsvorbehalts, der in einigen Polizeigesetzen der Bundesländer sogar uneingeschränkt geregelt ist,¹⁸⁶ ist diese Frage auch teilweise mittelbar für eine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis relevant. Dabei handelt es sich um ein klassisches und seit geraumer Zeit sowohl im Straf- als auch

¹⁸⁵ Vgl. *Glaeser*, FS für Isensee, S. 521 f.

¹⁸⁶ Vgl. etwa Art. 60 Abs. 2 BayPAG; § 54 Abs. 2 HessSOG.

im Öffentlichen Recht heftig umstrittenes Problem. In der Literatur existieren im Grunde genommen vier verschiedene Lösungsansätze.¹⁸⁷

A. Die öffentlich-rechtliche Theorie

Nach der sogenannten öffentlich-rechtlichen Theorie ist die Rechtmäßigkeit der Handlungen eines Hoheitsträgers im Prinzip nur nach den Regelungen im Öffentlichen Recht bzw. nach den öffentlich-rechtlichen Befugnisnormen zu bestimmen. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe gelten hingegen nicht als staatliche Eingriffsbefugnisse und darauf dürfen sich die Hoheitsträger in der Regel nicht berufen. Diese Theorie kann in zwei Varianten auftreten: als rein und als eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie.

1. Die rein öffentlich-rechtliche Theorie

a) Die Grundthese

Die sogenannte rein öffentlich-rechtliche Theorie verneint die Möglichkeit der Berufung des Polizeibeamten auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe vollständig.¹⁸⁸ Nach dieser Ansicht stellen die Vorschriften in Polizeigesetzen zur Gefahrenabwehr höhere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Verhaltens in Gefahrensituationen als die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe. So sei es z.B. insbesondere der Fall beim polizeilichen Schusswaffeneinsatz.¹⁸⁹ Könnten sich aber die Polizeibeamten auch auf die strafrechtliche Rechtfertigung berufen, würde die im Polizeirecht sorgsam abgestufte Struktur der öffentlich-rechtlichen Eingriffsermächtigungen durch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe aufgehoben, was zur Erweiterung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse führt. Dieses Ergebnis halten die Befürworter der rein öffentlich-rechtlichen Theorie für verfassungsrechtlich bedenklich:

Denn einerseits solle die hoheitliche Gefahrenabwehr bzw. Verbrechensverhütung – aufgrund des Erfordernisses der Bindung der öffentlichen Gewalt und der Berechenbarkeit öffentlichen Handelns – eigenen Regeln folgen, wenn diese im Einzelfall auch keine optimale Effektivität garantieren. Nur so könnten die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns und die staatlichen Aufgaben umso deutlicher

¹⁸⁷ Eine Zusammenfassung des Streitstands gibt *Hillenkamp*, Probleme AT, S. 38 ff.; tabellarische Übersichten finden sich bei *Jahn*, Staatsnotstand, S. 272 sowie *Pewestorf*, JA 2009, 48.

¹⁸⁸ Vgl. *Kunz*, ZStW 95 (1983), 981 ff.; *Jakobs*, AT, 12/41 ff., 13/42; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 220; *Jahn*, Staatsnotstand, S. 427.

¹⁸⁹ Vgl. *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 216.

konturiert werden.¹⁹⁰ Andererseits eigneten sich auch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht als verfassungsmäßige gesetzliche Grundlage für die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse. Denn das Prinzip der Verhältnismäßigkeit werde gerade bei den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, insbesondere bei der Notwehr, nur in abgeschwächter Form anerkannt.¹⁹¹

Hinzu kommt, dass sowohl § 32 StGB als auch § 34 StGB in ihrer Funktion als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage für zu unbestimmt gehalten werden müssten. Zudem würden die Notrechte aufgrund der fehlenden Kompetenzzuweisung in vertikaler und horizontaler Ebene den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts nicht genügen. Da der Gesetzgeber bei der Reform des Strafrechts auch das Zitiergebot nicht beachtet habe, sei zumindest § 34 StGB bei Auslegung als hoheitliche Ermächtigungsnorm nichtig.¹⁹²

Aus diesen Überlegungen wird die Folgerung gezogen, dass die rein öffentlich-rechtliche Theorie, nach der sich die Amtsträger keinesfalls auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen dürfen, vorzuziehen sei, weil sie den Grundsatz vom Vorbehalt des bereichsspezifischen Gesetzes und den alle staatliche Gewaltausübung bindenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ernst nimmt.¹⁹³ Gerade also die verfassungsrechtlichen Prinzipien, wie etwa Bestimmtheitsgebot, Gesetzgebungskompetenz und Zitiergebot im Fall des § 34 StGB, sollten die Konsequenzen der rein öffentlich-rechtlichen Theorie unausweichlich machen.¹⁹⁴

b) Zur Kritik der rein öffentlich-rechtlichen Theorie

Die h.M. in Deutschland lehnt die rein öffentlich-rechtliche Theorie ab. Gegen diese Ansicht wird erstens die Schlechterstellung des Polizeibeamten eingewendet. Obwohl man also davon ausgehen muss, dass die Handlung des Polizeibeamten einen staatlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers darstellt und daher eine möglichst klare Voraussetzung verlangt,¹⁹⁵ lässt sich die von der rein öffentlich-rechtlichen Theorie befürwortete strikte Einschränkung des Notwehrrechts des Polizeibeamten im Hinblick auf die in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG vorgesehene, jedermann zur Verfügung stehende Menschenwürdegarantie keinesfalls rechtfertigen.¹⁹⁶ Es ist nämlich nicht einzusehen, warum der Polizeibeamte sich und andere

¹⁹⁰ Vgl. *Jakobs*, AT, 12/41.

¹⁹¹ Vgl. *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 216.

¹⁹² Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 350 ff.

¹⁹³ Vgl. *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 220.

¹⁹⁴ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 417.

¹⁹⁵ Vgl. *BVerfGE* 17, 306 (314); *Lisken*, ZRP 2004, 31.

¹⁹⁶ Vgl. *Pewestorf*, JA 2009, 44. Zum Gegenargument, dass die Versagung der Notrechte des Beamten keinen Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie darstelle, siehe *Jahn*, Staatsnotstand, S. 404 ff.

nicht mit derselben Intensität wie jeder andere Bürger verteidigen kann und insoweit als „Bürger in Uniform“ schlechter gestellt werden darf als eine Privatperson,¹⁹⁷ was dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG widerspricht.¹⁹⁸ Zweitens ist die rein öffentlich-rechtliche Theorie nur schwer mit dem Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG zu vereinbaren.¹⁹⁹ Da also § 32 StGB Bundesrecht ist, wird er nach Art. 31 GG nicht von dem Polizeigesetz des einzelnen Bundeslandes verdrängt. Daher kann der Polizeibeamte nicht schon wegen der polizeirechtlichen Vorschriften daran gehindert sein, sich auf Notwehr zu berufen.

Darüber hinaus lässt die rein öffentlich-rechtliche Theorie den Notrechtsvorbehalt in den Polizeigesetzen leerlaufen²⁰⁰ und könnte auch in der Praxis zu unakzeptablen Ergebnissen führen. So würde diese Lösung unter Umständen die Folge nach sich ziehen, dass die staatliche Schutzaufgabe nicht befriedigend erfüllt werden kann.²⁰¹ Selbst wenn z.B. eine Rockerbande in brutaler Weise Passanten zusammenschlägt, dürfte der Polizist, der nur durch Schüsse in die Arme und Beine der Angreifer helfen könnte, dieses Mittel nicht anwenden.²⁰² Obwohl sich der Juwelier selbst oder auch ein hilfreicher Nachbar dem überraschten Einbrecher in das Juweliergeschäft erforderlichenfalls mit der Waffe entgegengetreten dürfte, wäre dem hinzukommenden Polizisten diese Möglichkeit versagt. Zudem dürfte der Einbrecher sogar in Notwehr auf den Polizisten schießen, wenn dieser zum Schutz der Juwelen zur Waffe gegriffen hätte.²⁰³ Denn nach Polizeirecht ist hier der Polizeibeamte nicht zum Schusswaffengebrauch befugt, sodass der Einsatz seiner Dienstwaffe zum Schutz der Juwelen nach der rein öffentlich-rechtlichen Theorie durchaus einen rechtswidrigen Angriff darstellen würde.

2. Die eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie

Die eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie weicht von der rein öffentlich-rechtlichen Theorie insofern ab, als sie einem Polizeibeamten dann, wenn er selbst einem Angriff ausgesetzt ist, das Notwehrrecht ausnahmsweise zugesteht.²⁰⁴ Nach dieser Ansicht wäre also § 32 StGB bei polizeilichem Verhalten zumindest dann

¹⁹⁷ Vgl. LK¹¹-Spendel, § 32 Rdn. 268; *Beaucamp*, JA 2003, 403; *H. Götz*, NJW 2005, 953; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 153; *Witzstrock*, ZRP 2004, 31; *Fahl*, Jura 2007, 744; *Ambos/Rackow*, Jura 2006, 945.

¹⁹⁸ Vgl. *Ostendorf*, JZ 1981, 169.

¹⁹⁹ Siehe dazu *Beaucamp*, JA 2003, 403; *Spendel*, JR 1991, 250; *Seebode*, StV 1991, 84; *Norouzi*, JA 2005, 308.

²⁰⁰ Vgl. *Fahl*, Jura 2007, 744.

²⁰¹ Vgl. *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 109; *Eser*, FS für Hassemer, S. 723 f.

²⁰² Vgl. *Schönke/Schröder-Perron*, § 32 Rdn. 42b.

²⁰³ Vgl. *Schaffstein*, GS für Schröder, S. 107.

²⁰⁴ Vgl. nur *Heinrich*, AT I, Rdn. 398; LK¹¹-*Hirsch*, § 32 Rdn. 153, § 34 Rdn. 18; *Ame- lung*, NJW 1977, 840; *K. Günther*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), *Folter*, S. 104.

anwendbar, wenn eine polizeiliche Selbstverteidigung erfolgt; dagegen verbliebe es für die polizeiliche Nothilfe, also für die Verteidigung eines angegriffenen Dritten, bei der alleinigen Anwendung des Polizeirechts. Nichts anderes gelte beim rechtfertigenden Notstand: Nur in den Situationen des persönlichen Notstands bleibe § 34 StGB dem Amtsträger zu seinem eigenen Schutz erhalten, und nur insoweit träten die abschließenden Regelungen des Polizeirechts zurück.²⁰⁵ Durch diese Einschränkung entzieht sich zwar die eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie teilweise der Kritik der Schlechterstellung des Polizeibeamten. Den anderen gegen die rein öffentlich-rechtliche Theorie gerichteten Einwänden unterliegt sie jedoch ebenfalls. Außerdem gibt der Wortlaut der Polizeigesetze auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der Notwehr und der Nothilfe des Polizeibeamten differenziert werden sollte.²⁰⁶

B. Die differenzierende Theorie

1. Die Grundthese

Nach einer vermittelnden, in der Literatur weit verbreiteten Auffassung – der sogenannten differenzierenden Theorie – darf sich der Polizeibeamte zwar in der Regel auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen, er wäre jedoch nur von strafrechtlicher, nicht aber auch von disziplinarischer Haftung befreit.²⁰⁷ Nach dieser Lösung wäre also eine Aufspaltung des Rechtswidrigkeitsurteils hinsichtlich des polizeilichen Verhaltens vorzunehmen: Ob ein bestimmtes Verhalten des Polizeibeamten rechtswidrig ist, soll jeweils im Bereich des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts selbstständig – d.h. unabhängig vom Ergebnis in dem anderen Rechtsgebiet – bestimmt werden.²⁰⁸ Während im Bereich des Strafrechts die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, also vor allem §§ 32, 34 StGB, für das Rechtswidrigkeitsurteil entscheidend sind, schlägt die Rechtfertigung des Polizeiverhaltens im Binnenbereich des Strafrechts nicht auf die Beurteilung von dessen Rechtmäßigkeit nach Öffentlichem Recht durch.²⁰⁹ Selbst wenn nämlich das Verhalten des Polizeibeamten durch §§ 32, 34 StGB strafrechtlich gerechtfertigt ist, kann er trotzdem wegen Verstoßes gegen die speziellen öffentlich-rechtlichen Eingriffsermächtigungen disziplinarrechtlich zu Verantwortung gezogen werden: Durch die Notwehr- oder Notstandssituation wird die fehlende Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln nicht ersetzt oder gar nachgeliefert.²¹⁰ Während hier das

²⁰⁵ Vgl. LK-*Zieschang*, § 34 Rdn. 18.

²⁰⁶ Vgl. *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 110; *Schaffstein*, GS für Schröder, S. 106.

²⁰⁷ Vgl. nur *Ebel*, Kriminalistik 1995, 826; *Hecker*, KJ 2003, 215 Fn. 27 m.w.N.

²⁰⁸ Vgl. *Welsch*, BayVBl. 2003, 487.

²⁰⁹ Vgl. *Erb*, NStZ 2005, 594.

²¹⁰ Vgl. *Ipsen*, in: Lenzen (Hrsg.), Folter, S. 42.

Verhalten des Polizeibeamten, das strafrechtlich gerechtfertigt wird, noch als hoheitliche Handlung anzusehen ist, werden die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse des Staates nicht durch allgemeine Rechtfertigungsgründe erweitert. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe gestatten den notwehr- und notstandsbedingten Eingriff zwar dem Polizeibeamten wie jedem Bürger *ad personam*, nicht aber der von ihm repräsentierten, durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG gebundenen Staatsgewalt.²¹¹ Daher könnten die verfassungsrechtlichen Bindungen des Polizeihandelns, die nicht zuletzt nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt werden müssen, noch gewährleistet werden.²¹²

2. Zur Kritik der differenzierenden Theorie

Die differenzierende Theorie wird von zahlreichen Autoren vertreten und dürfte sich inzwischen wohl als h.L. bezeichnen lassen. Dennoch ist sie in der Literatur heftiger Kritik ausgesetzt.

a) Die Einheit der Rechtsordnung

Der erste Einwand gegen die differenzierende Theorie ist die Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung.²¹³ Denn die Aufspaltung des Rechtswidrigkeitsurteils, die als die Prämisse der differenzierenden Theorie gilt, wird erst durch die Anerkennung einer spezifischen Strafrechtswidrigkeit ermöglicht. So hat z.B. *H.-L. Günther* argumentiert, dass sich das Unrecht, das die einzelnen Rechtsgebiete definieren, nach den besonderen Aufgaben und Sanktionen der jeweiligen Rechtsmaterie unterscheide. Die Aufgabe des Strafrechts laute auch nicht, Recht und Unrecht voneinander abzugrenzen, sondern aus dem Bereich der im Sinne der Gesamtrechtsordnung rechtswidrigen Verhaltensweisen das strafrechtlich relevante, strafwürdige Unrecht zu bestimmen. Dementsprechend gehe es bei den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen nur um die Frage, ob strafatbestandlich indiziertes, strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt.²¹⁴ Diese Meinung läuft aber dem überlieferten Verständnis der Einheit der Rechtsordnung zuwider, nach dem das Recht eine in sich geschlossene Einheit bilden soll, in der gespaltene Rechtswidrigkeitsurteile nicht zu akzeptieren sind.²¹⁵ Nach dieser traditionellen, heute noch stark vertretenen Ansicht drückt die Rechtswidrigkeit den Widerspruch zur Rechtsordnung im Ganzen aus, sodass ihre Feststellung allgemein und schlechthin gilt. Eine besondere Strafrechtswidrigkeit existiert hingegen nicht. Es

²¹¹ Vgl. *SK-Günther*, § 32 Rdn. 18.

²¹² Vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 526.

²¹³ Vgl. *Schönke/Schröder-Perron*, § 32 Rdn. 42b.

²¹⁴ Vgl. *SK⁶-Günther*, Vor § 32 Rdn. 31, 36.

²¹⁵ Vgl. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, S. 57 f.

ist auch nicht möglich, dass ein Verhalten nur unter strafrechtlichem Blickwinkel gerechtfertigt, in Bezug auf ein anderes Rechtsgebiet dagegen unzulässig ist. Die Differenzierung zwischen dem Strafrecht und anderen Rechtsgebieten erfolgt vielmehr auf der Tatbestandsebene und bei den Rechtsfolgen, während die Rechtswidrigkeit des Verhaltens einheitlich anhand der gesamten Rechtsordnung festzustellen ist.²¹⁶

Nach diesem Verständnis der Einheit der Rechtsordnung muss sich auch die Frage, ob ein Amtsträger eine bestimmte Eingriffshandlung vornehmen darf, nur für die gesamte Rechtsordnung einheitlich und daher im Öffentlichen Recht nicht anders als im Strafrecht beantworten lassen.²¹⁷ Die differenzierende Theorie, der die Aufspaltung des Rechtswidrigkeitsurteils zugrunde liegt, würde geradezu „schizoid“²¹⁸ wirken. Da der Staat immer nur durch seine (Polizei-)Beamten reagieren kann,²¹⁹ lässt sich ein einheitlicher Hoheitsakt hinsichtlich des gleichen Bezugsobjekts eigentlich nicht in der rechtlichen Wertung zerreißen: Eine strafrechtlich gerechtfertigte Handlung ist schlicht nicht als rechtswidriges Staatshandeln einzu-stufen.²²⁰ Sonst würden absurde Ergebnisse erzielt: Eine im Rahmen von § 32 StGB, § 227 BGB rechtmäßige Verletzung des Polizeibeamten würde hingegen – auch nicht nachvollziehbar – den Staat einer Staatshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG aussetzen.²²¹ Die gerechtfertigte Handlung des Polizeibeamten würde also wiederum Unrecht des Staates hervorrufen, für den der Polizeibeamte tätig wurde.²²² Andererseits beginge in einem solchen Fall der Angreifer eines Polizeibeamten zwar keinen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte – weil § 113 StGB angesichts der disziplinarischen Rechtswidrigkeit der Handlung des Polizeibeamten nicht zur Anwendung kommt²²³ –, wohl aber eine Nötigung oder Körperverletzung nach §§ 240, 223 ff. StGB, da das Verhalten des Polizeibeamten strafrechtlich als Notwehr anzusehen und eine „Notwehr gegen Notwehr“ unmöglich ist.²²⁴

²¹⁶ Vgl. LK¹¹-Hirsch, Vor § 32 Rdn. 10.

²¹⁷ Vgl. LK-Zieschang, § 34 Rdn. 16.

²¹⁸ LK¹¹-Spendel, § 32 Rdn. 273; OLG Celle NJW-RR 2001, 1036.

²¹⁹ Vgl. Prittwitz, FS für Herzberg, S. 522; Haurand/Vahle, NVwZ 2003, 519.

²²⁰ Vgl. LK¹¹-Spendel, § 32 Rdn. 273.

²²¹ Vgl. OLG Celle NJW-RR 2001, 1036. Setzt voraus, dass der Schadensersatzanspruch des Angreifers nicht schon wegen Mitverschuldens gemäß § 254 BGB entfällt (vgl. *Pewestorf*, JA 2009, 45).

²²² Vgl. *Schwabe*, NJW 1977, 1906.

²²³ Der Streit, wie die Rechtmäßigkeit i.S.d. § 113 StGB zu definieren ist, ändert hieran nichts, da die Handlung des Polizeibeamten als hoheitliches Verhalten nach der differenzierenden Theorie weder materiell noch formell rechtmäßig ist.

²²⁴ Vgl. LK¹¹-Spendel, § 32 Rdn. 274.

b) Normwiderspruch

Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung wird aber heutzutage in Deutschland häufig nicht mehr so streng wie im oben dargestellten Sinne verstanden.²²⁵ Viele Autoren gehen vielmehr davon aus, dass die Einheit der Rechtsordnung nur „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ bedeutet. Sie bewährt sich gerade dadurch, dass den unterschiedlichen Maßstäben und Aufgaben der Rechtsgebiete durch Differenzierung bei der Rechtswidrigkeitsbeurteilung Rechnung getragen wird.²²⁶ Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gebietet zwar, dass eine Erlaubnis oder Eingriffsrechte zivil- oder öffentlich-rechtlicher Art im Strafrecht unter allen Umständen die Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens ausschließen, aber nicht auch umgekehrt, dass also strafrechtliche Rechtfertigungsgründe auch zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich relevantes Unrecht ausschließen können.²²⁷ Nach diesem Verständnis wird die differenzierende Theorie nicht schon durch das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung infrage gestellt.²²⁸

Allerdings kann gegen die differenzierende Theorie dennoch eingewendet werden, dass sie an einem inneren Normwiderspruch leidet und die strafrechtliche Rechtfertigung des Polizeiverhaltens faktisch unvermeidbar auf die Bejahung einer polizeilichen Eingriffsbefugnis hinausläuft. Denn die Rechtfertigungsgründe verleihen dem Handelnden ein Recht zum Eingriff in die Rechtsgüter des Betroffenen und verpflichten ihn zur Duldung dieses Eingriffs.²²⁹ Somit ist einerseits darauf zu achten: Wenn das Verhalten des Polizeibeamten strafrechtlich gerechtfertigt ist, hat dieser bereits eine echte Eingriffsbefugnis erhalten, weshalb sein Verhalten nicht mehr polizeirechtlich verboten werden darf. Denn dasselbe Verhalten kann nicht zugleich erlaubt und verboten sein,²³⁰ sonst wird ein normlogischer Widerspruch begründet.²³¹ Andererseits beschränkt sich auch die Duldungspflicht nicht auf einen Teilrechtsbereich, da der Betroffene nur einheitlich zur Duldung verpflichtet sein kann oder nicht. Ein nur auf das Strafrecht beschränktes Verbot der Gegenwehr ist hingegen nicht denkbar.²³² Daher erweitert die Berufung des Polizeibeamten auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe entgegen dem Ziel der differenzierenden Theorie zwangsläufig die polizeirechtliche Eingriffsbefugnis.

²²⁵ Für eine grundsätzliche Unabhängigkeit des Strafrechts von den zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen und somit wohl die gründliche Ablehnung der Einheit der Rechtsordnung plädiert sogar SK-Hoyer, Vor § 32 ff. Rdn. 7 ff. Danach kann ein Tatverhalten sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtswidrig sein (siehe dort Rdn. 10).

²²⁶ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rdn. 27.

²²⁷ Vgl. nur Roxin, AT I, § 14 Rdn. 31 ff.; Pawlik, Notstand, S. 210 f.

²²⁸ Vgl. Pestorff, JA 2009, 45.

²²⁹ Vgl. Perron, FS für Weber, S. 145 f.

²³⁰ Vgl. SK⁶-Günther, Vor § 32, Rdn. 30.

²³¹ Vgl. Engländer, Nothilfe, S. 223 und S. 350 Fn. 200: „Das gleichzeitige Bestehen eines Verbots und einer Erlaubnis begründet [...] einen normlogischen Widerspruch.“

²³² Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rdn. 219.

c) Strafunrechtsausschließungsgrund

Dieser Normwiderspruch und die faktische Erweiterung der polizeilichen Eingriffsbefugnis ließen sich durch *H.-L. Günthers* Lehre vom Strafunrechtsausschluss vermeiden.²³³ Nach *Günther* sind zwei Arten von Rechtfertigungsgründen zu unterscheiden: zum einen die echten Rechtfertigungsgründe, die Erlaubnisnormen darstellen und Durchschlagskraft für die Gesamtrechtsordnung besitzen, und zum anderen die (echten) Strafunrechtsausschließungsgründe, die die Rechtswidrigkeit der Tat im Sinne der Gesamtrechtsordnung unberührt lassen, deren Unrecht aber soweit verringern, dass diese unter die Schwelle der Strafwürdigkeit fällt.²³⁴

„Der Rechtfertigungsgrund legalisiert, der Strafunrechtsausschließungsgrund entkriminalisiert die tatbestandsmäßige Handlung.“²³⁵

Obwohl die §§ 32, 34 StGB ursprünglich als echte Rechtfertigungsgründe anzusehen seien, sollten sie sich aber beim Hoheitsträger zum bloßen Strafunrechtsausschließungsgrund wandeln. Danach schließen §§ 32, 34 StGB lediglich das qualifizierte strafrechtliche Unrecht des Polizeiverhaltens aus, sie gewähren hingegen keine Erlaubnis, sodass der oben genannte Normwiderspruch und die Duldungspflicht des Betroffenen nicht bestehen.²³⁶ *Günthers* Lehre mag zwar diese Probleme der differenzierenden Theorie vielleicht lösen. Die These vom Strafunrechtsausschluss an sich wird allerdings in der Literatur seit Langem heftig kritisiert.

Dogmatisch wird gegen diese These eingewendet, dass sie dem unterschiedlichen Gehalt der einzelnen Deliktsstufen nicht gerecht wird. Denn diese Lehre nivelliert die Funktion von Rechtfertigung, Entschuldigung und schlichtem Strafausschluss.²³⁷ Danach könnte insbesondere die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens dessen Rechtswidrigkeit nicht mehr indizieren. Im Einzelfall muss also immer geprüft werden, ob das tatbestandsmäßige Verhalten auch tatsächlich ein bestimmtes, die Strafbarkeit legitimierendes Quantum an strafwürdigem Unrecht aufweist. Angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs der Strafwürdigkeit würde aber eine unerträgliche Rechtsunsicherheit verursacht, wenn dem Rechtsanwender gestattet wird, Strafunwürdigkeitsgesichtspunkte bei der Rechtswidrigkeitsprüfung ins Spiel zu bringen.²³⁸ Es kann somit nicht Aufgabe des Richters sein, zusätzliche außergesetzliche Strafunrechtsausschließungsgründe zu schaffen.²³⁹ Der sogenannte Strafunrechtsausschließungsgrund ist zudem auch mit dem geltenden Recht, welches im Prinzip keinen nur quantitativ bestimmten Strafwürdigkeitsgehalt eines Delikts

²³³ Vgl. so *Engländer*, Nothilfe, S. 228 ff.

²³⁴ Vgl. *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 253 ff.

²³⁵ Vgl. SK⁶-*Günther*, Vor § 32, Rdn. 41.

²³⁶ Vgl. *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 367 ff.

²³⁷ Vgl. LK-*Zieschang*, § 34 Rdn. 16.

²³⁸ Vgl. *Rudolphi*, GS für Arm. Kaufmann, S. 375.

²³⁹ Vgl. *Roxin*, AT I, § 17 Rdn. 41.

kennt, nicht zu vereinbaren.²⁴⁰ Denn gerade der Gesetzgeber geht nicht von einer materiell-rechtlichen Entkriminalisierung von Bagatelunrecht aus. Wie schon §§ 153, 153a StPO zeigen, soll auch geringfügiges Unrecht strafrechtlich relevant bleiben.²⁴¹

Aber auch in praktischer Hinsicht wird *Günthers* Lehre vorgeworfen, dass sie nicht nur unnötig ist, um geltendes Recht zu erklären, sondern auch in den praktischen Konsequenzen große Schwierigkeiten bereitet. Denn einige der von *Günther* als Strafunrechtsausschlussgründe genannten Regelungen und Institute sollten sich schon als Tatbestandseinschränkungen erweisen.²⁴² Einige andere, wie etwa einige Fälle der sogenannten notstandsähnlichen Lage, betreffen in Wahrheit erst die Schuld.²⁴³ Noch einige als Strafunrechtsausschlussgründe qualifizierte Institute, wie etwa § 193 StGB, der Schwangerschaftsabbruch unter der Voraussetzung einer anerkannten Indikation und die mutmaßliche Einwilligung, führen eigentlich nicht nur zur Minderung des strafrechtlichen Unrechts, sie enthalten in der Tat schon ein allgemeines rechtliches Dürfen.²⁴⁴ Sonst wäre folgende unhaltbare Schlussfolgerung zu ziehen: Derjenige, der in Wahrnehmung berechtigter Interessen beleidigende Äußerungen macht, ist ebenso Notwehr- und Nothilfeaktionen ausgesetzt wie ein Arzt, der einen indizierten Schwangerschaftsabbruch vornimmt, oder derjenige, der entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen handelt.²⁴⁵ Hinzu kommt noch, dass die Konsequenzen, die Strafunrechtsausschlussgründe im Bereich von Teilnahme-, Irrtums- und insbesondere der Notwehrlehre mit sich bringen, bislang noch nicht befriedigend geklärt werden können.²⁴⁶

Aus diesen Gründen wird *Günthers* Lehre vom Strafunrechtsausschluss in Deutschland überwiegend abgelehnt, sodass sie auch hier nicht weiter hilft, die differenzierende Theorie zu rechtfertigen.

d) Kriminalpolitische Hinsicht

Die differenzierende Theorie stellt schließlich auch keine kriminalpolitisch befriedigende Lösung dar. Denn nach dieser Lösung würde sich der Polizeibeamte zwar nicht der Gefahr einer strafrechtlichen Bestrafung aussetzen. Das polizeirecht-

²⁴⁰ Vgl. *Jakobs*, AT, 11/4 Fn. 10a.

²⁴¹ Vgl. *Weber*, JZ 1984, 277.

²⁴² Vgl. LK¹¹-*Hirsch*, Vor § 32 Rdn. 10.

²⁴³ Vgl. *Roxin*, FS für Oehler, S. 181 ff.

²⁴⁴ Vgl. *Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rdn. 8.

²⁴⁵ Vgl. *Rudolphi*, GS für Arm. Kaufmann, S. 375. Siehe weiter LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rdn. 26.

²⁴⁶ Vgl. dazu *Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rdn. 8; LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rdn. 26.

liche Verbot und die Möglichkeit disziplinarischer Ahndung werden ihn aber schon hindern, die erforderliche Nothilfe auszuüben.²⁴⁷ Da die generalpräventive Wirkung des Disziplinarrechts und seiner Strafen in der Regel mindestens ebenso stark wie die des Kriminalstrafrechts ist, würde die differenzierende Theorie praktisch zu demselben, die Hilfsbereitschaft der Polizei einschränkenden Ergebnis wie die öffentlich-rechtliche Theorie führen, sodass die von ihr befürwortete differenzierende Betrachtungsweise sinnlos wird.²⁴⁸

C. Die gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtliche Theorie

1. Die Grundthese

Nach der gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtlichen Theorie dürfen sich die Hoheitsträger auch in Notlagen während oder im Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabenerfüllung uneingeschränkt auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen. Die polizeiliche Eingriffsbefugnis wird allerdings dadurch nicht erweitert, und eine disziplinarische Ahndung kann auch nicht in Betracht kommen, selbst wenn die Notwehr- und Notstandshandlung des Polizeibeamten nicht von der Befugnisnorm im Polizeirecht gedeckt ist. Denn die Notwehr- und Notstandshandlung des Polizeibeamten darf schlicht nicht als hoheitliche Gewalt eingestuft werden.²⁴⁹ Bei der Notwehr, die nach Polizeigesetzen nicht zulässig ist, handelt der Polizeibeamte gar nicht als Amtsträger, sondern nur als Privatperson.²⁵⁰

2. Zur Kritik der gemischten Theorie

Die gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtliche Theorie findet heutzutage in der Literatur kaum noch Zustimmung.²⁵¹ Zwar ist zuzugeben, dass der Polizeibeamte neben seiner öffentlich-rechtlichen Rolle gleichzeitig auch immer eine Privatperson ist und daher der Einwand einer „Privatheitsfiktion“ entkräftet würde.²⁵² Dennoch ist diese Idee insofern problematisch, als der Polizeibeamte in den Fällen, in denen er die öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis überschreitet, nur als Privatperson handelt. Denn sie widerspricht der ganz herrschenden Meinung im Zivil- und Öffentlichem Recht sowie der ständigen Rechtsprechung des BGH. Nach h.M. muss ein Verhalten eines Beamten schon als Hoheitsakt angesehen werden und daher

²⁴⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 111; *Pewestorf*, JA 2009, 45; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 156.

²⁴⁸ Vgl. *Schaffstein*, GS für Schröder, S. 109.

²⁴⁹ Vgl. u.a. *Pewestorf*, JA 2009, 45 ff., wo diese Ansicht als Privatheitstheorie bezeichnet wird.

²⁵⁰ Vgl. *Kinnen*, MDR 1974, 633 f.

²⁵¹ Neuerdings wohl nur *Pewestorf*, JA 2009, 45 ff.

²⁵² Vgl. ebenda, 46.

ggf. eine Schadenersatzpflicht des Staates gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auslösen können, solange ein hinreichend enger Zusammenhang, der nicht zu eng ausgelegt werden darf,²⁵³ mit einer öffentlichen Aufgabe vorliegt.²⁵⁴ Bei der Einordnung einer Handlung als Hoheitsakt ist also entscheidend, ob bei funktionaler Betrachtung hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.²⁵⁵ Es kommt somit darauf an, wie der Amtsträger tatsächlich gehandelt hat, nicht, wie er hätte handeln sollen.²⁵⁶ Hält sich ein Polizeibeamter im Rahmen seiner dienstlichen Aufgaben und Funktion, d.h. wird er kraft seines Amtes im staatlichen Interesse tätig, dann handelt er hoheitlich,²⁵⁷ auch wenn er sich dadurch strafbar macht.²⁵⁸ Der während und anlässlich seines Dienstesatzes in eine Notwehrlage geratene Polizeibeamte bleibt also wegen seiner Zuständigkeit zu der im Notwehrfall erforderlichen Gefahrenabwehr Hoheitsträger, dessen Handlung als Hoheitsakt angesehen werden muss.²⁵⁹ Besonders zu beachten ist, dass das Gericht gerade auch im „Daschner-Fall“ das Verhalten der Polizeibeamten als hoheitliche Handlung eingestuft hat.²⁶⁰ Deswegen lässt sich wohl nicht behaupten, dass ein Polizeibeamter bei Notwehr – insbesondere wenn sie irgendwie mit der Aufgabe der Polizeibehörde verbunden ist – nur als Privatperson handelt.

Übrigens kann diese gemischte Lösung dem gegen die differenzierende Theorie erhobenen Vorwurf ebenfalls nicht entrinnen, weil sich eine Unterscheidung zwischen dem Staat einerseits und seinen agierenden Polizeibeamten andererseits in Wahrheit überhaupt nicht durchführen lässt.²⁶¹ Ist die Handlung des Polizeibeamten – wenn auch als Privatperson – durch Notwehr gerechtfertigt, wird der von dieser Handlung Betroffene zur Duldung verpflichtet.²⁶² Da der Betroffene nur einheitlich zur Duldung verpflichtet sein kann oder nicht, also ein nur auf das

²⁵³ Vgl. BGH NJW 2002, 3173.

²⁵⁴ Vgl. nur Palandt-*Sprau*, § 839 Rdn. 18; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf-*Pieper*, Art. 34 Rdn. 11; BGHZ 147, 169, 171; 118, 304, 305.

²⁵⁵ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-von *Danwitz*, Art. 34 Rdn. 57.

²⁵⁶ Vgl. LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 223.

²⁵⁷ Vgl. *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch, S. 219 f.

²⁵⁸ Zur Rechtsprechung, die eine strafbare Handlung des Beamten als Hoheitsakt einstuft, siehe u.a. BGH NJW 2002, 3172; BGHZ 8, 83. Auch LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 223 weist darauf hin, dass sonst Vorschriften wie § 340 leerlaufen würden.

²⁵⁹ Vgl. *Schwabe*, JZ 1974, 635; siehe auch *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 112, der vertritt, dass polizeiliches Einschreiten zum Zweck der Verbrechensabwehr immer hoheitlicher Art ist (so auch *Heinrich*, AT I, Rdn. 399). Zudem weist *Jahn*, Staatsnotstand, S. 277 ff. auf „den inneren Zusammenhang zwischen Dienstausbübung und Notsituation“ hin: Ein Polizeibeamter gerät regelmäßig nicht zufällig in eine Notlage, sondern meistens im unmittelbaren Zusammenhang mit der Ausübung seines Dienstes, weshalb sowohl die Nothilfe im Rahmen der Gefahrenabwehr als auch die Selbstverteidigung des Polizeibeamten prinzipiell als hoheitliches Verhalten eingeordnet werden müssen.

²⁶⁰ Vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 2007, 2494.

²⁶¹ Vgl. *Jäger*, FS für Herzberg, S. 546.

²⁶² Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 145 f.

Strafrecht beschränktes Verbot der Gegenwehr nicht denkbar ist,²⁶³ führt die gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtliche Theorie im Ergebnis – gegen ihren ursprünglichen Wunsch – ebenfalls zur faktischen Erweiterung der polizeirechtlichen Befugnisse.²⁶⁴

D. Die strafrechtliche Theorie

1. Die Grundthese und die Rechtsprechung

Im Gegensatz zu den oben bereits ausgeführten Ansichten besagt die strafrechtliche Theorie, dass die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, unter welche vor allem §§ 32, 34 StGB fallen, unmittelbar auch hoheitliche Eingriffsbefugnisse begründen könnten.²⁶⁵ Die Notwehrhandlung des Polizeibeamten wäre somit nicht nur strafrechtlich, sondern auch disziplinarisch rechtmäßig.²⁶⁶ Für diese Lösung spricht, dass eine persönliche Rechtfertigung des Polizeibeamten zwangsläufig die Rechtfertigung des staatlichen Handelns impliziert, das mit dem Verhalten des Polizeibeamten völlig identisch ist.²⁶⁷ Die strafrechtliche Theorie ist somit im Ergebnis am besten nachvollziehbar²⁶⁸ und kriminalpolitisch befriedigend. Zu berücksichtigen ist daneben, dass § 127 Abs. 1 StPO unbestritten die Polizei zur Festnahme berechtigt.²⁶⁹ Auch das Argument, dass sich die strafrechtliche Theorie über die ursprüngliche Normfunktion der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe hinwegsetzt,²⁷⁰ vermag nicht zu überzeugen. Denn eine Veränderung der ursprünglichen Normfunktion muss nicht unbedingt unzulässig sein.²⁷¹ Zuletzt unterliegt § 32

²⁶³ Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rdn. 219.

²⁶⁴ Vgl. Brugger, VBIBW 1995, 454.

²⁶⁵ Innerhalb der strafrechtlichen Theorie gibt es hauptsächlich drei Varianten: Während die wohl noch überwiegende Ansicht sowie die Rechtsprechung diese Theorie uneingeschränkt anwenden (vgl. dazu Jahn, Staatsnotstand, S. 281), versuchen einige Autoren sie durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu modifizieren (so z.B. Schaffstein, GS für Schröder, S. 116). Ein dritter Teil der Literatur betrachtet die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe als subsidiäre Ermächtigungsnormen, die bei den Hoheitsträgern nur Anwendung finden können, wenn es im Öffentlichen Recht an einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage fehlt und die Berufung auf strafrechtliche Rechtfertigung sich nicht in einen expliziten Widerspruch zu einem öffentlich-rechtlichen Verbot setzt (vgl. etwa Braum, KritV 2005, 288 f.).

²⁶⁶ Vgl. u.a. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 42b f.; Roxin, AT I, § 15 Rdn. 113; LK¹¹-Spendel, § 32 Rdn. 275 ff.; Kühl, AT, § 7 Rdn. 153; Lackner/Kühl, StGB, § 32 Rdn. 17; Jeßberger, Jura 2003, 713; Norouzi, JA 2005, 308; Steinke, Kriminalistik 2004, 327.

²⁶⁷ Vgl. Braum, KritV 2005, 291.

²⁶⁸ Vgl. Buttel/Rotsch, JuS 1996, 719.

²⁶⁹ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 127 Rdn. 7.

²⁷⁰ Vgl. Sydow, JuS 1978, 224; Wagenländer, Rettungsfolter, S. 85 f.

²⁷¹ Vgl. Pawlik, Notstand, S. 196.

StGB als vorkonstitutionelles Recht auch – anders als § 34 StGB – keinen Bedenken hinsichtlich des Zitiergebots in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.²⁷²

Auch die Rechtsprechung in Deutschland lässt die Berufung des Polizeibeamten auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe in der Regel²⁷³ zu. Danach sollen die strafrechtlichen Notrechte hoheitliches Handeln umfassend und ohne weitere Einschränkungen rechtfertigen können.²⁷⁴ Im „Kontaktsperre-Fall“ aus dem Jahr 1977 hat der BGH z.B. entschieden, dass der in § 34 StGB (und auch in den §§ 228, 904 BGB) zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke, dass die Verletzung eines Rechts in Kauf genommen werden muss, wenn es nur so möglich erscheint, ein höheres Rechtsgut zu retten, in außergewöhnlicher Lage auch eine Verletzung des § 148 Abs. 1 StPO erlaubt. Daher dürfen die Beschuldigten im Hinblick auf eine besondere Gefahrenlage für eine gegenwärtig noch nicht begrenzbar, aber jedenfalls zu begrenzende Zeit von jedem mündlichen und schriftlichen Kontakt mit ihren Verteidigern ausgeschlossen werden, obwohl diese Maßnahme eindeutig dem Wortlaut des § 148 Abs. 1 StPO widerspricht.²⁷⁵ In den Entscheidungen hinsichtlich der heimlichen Stimmnahmen aus den 1980er Jahren hat der BGH zwar betont, dass dieser Grundsatz nur zur Abwehr einer gegenwärtigen, anders nicht abwendbaren Gefahr für ein höherwertiges Rechtsgut Anwendung finden kann. Denn sonst würde die wohlabgewogene gesetzliche Regelung der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse verschoben. *Obiter dictu* hat er allerdings die Möglichkeit, die staatliche Eingriffsbefugnis in einer ganz außergewöhnlichen Situation durch die strafrechtliche Rechtfertigung zu erweitern, nochmals bestätigt.²⁷⁶

2. Zur Kritik der strafrechtlichen Theorie

Obwohl die strafrechtliche Theorie Unterstützung in der Rechtsprechung findet, ist sie in der Literatur vielfältiger Kritik ausgesetzt.

a) *Das Bestimmtheitsgebot und die Wesentlichkeitstheorie*

Ein Haupteinwand gegen die strafrechtliche Theorie besteht darin, dass die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe gemessen am verfassungsrechtlichen Bestimm-

²⁷² Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 360.

²⁷³ Jedoch mit Ausnahme von BVerfGE 33, 1, 17, wo für den hoheitlichen Eingriff in den grundrechtsgeschützten Raum der Bürger eine „spezielle Ermächtigung“ verlangt wird. Allerdings ist eine Notwehr in diesem Fall nach *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 115 von Anfang an bereits nicht möglich.

²⁷⁴ Siehe u.a. BGHSt 27, 260, 262 ff.; BGH NStZ 2005, 31; OLG Saarbrücken NStZ 1991, 386; BayObLG JR 1991, 248 ff. Vgl. auch BGHSt 31, 304, 307; 34, 39, 51 f.

²⁷⁵ Vgl. BGHSt 27, 260 ff.

²⁷⁶ Vgl. BGHSt 34, 39, 51 f.

heitsgrundsatz mangels hinreichender Bestimmtheit nicht als öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse taugen.²⁷⁷

Gegen diesen Einwand spricht aber vor allem, dass angesichts der strengen Voraussetzungen der Notwehr die strafrechtliche Theorie nicht zu einer unbegrenzten Eingriffsbefugnis der Polizei führt. Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, dass an Polizeibeamte hinsichtlich der Wahl des relativ mildesten Mittels in einer Notwehrlage höhere Anforderungen als an Privatpersonen gestellt werden müssen, weil Polizeibeamte das Verhalten in Notfällen besonders trainieren.²⁷⁸ Hinzu kommt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz gerade nicht bedeutet, dass jede Regelung der Eingriffsbefugnis unbedingt völlig präzise sein muss. Obwohl der Gesetzgeber verpflichtet ist, Vorschriften so klar zu fassen, dass die Rechtslage für den Betroffenen erkennbar ist und er sein Verhalten daran ausrichten kann,²⁷⁹ darf er sich nach der Rechtsprechung des BVerfG²⁸⁰ auch abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen, damit die Behörden den besonderen Umständen des einzelnen Falls und den schnell wechselnden Situationen des Lebens gerecht werden können.²⁸¹ Handelt es sich um einen vielgestaltigen Sachverhalt²⁸² oder ist zu erwarten, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse rasch ändern werden,²⁸³ dann ist die Bestimmtheit der betreffenden Vorschrift nicht zu streng zu beurteilen.²⁸⁴ Dies ist besonders der Fall bei den polizeilichen sowie strafprozessrechtlichen Generalklauseln, die an Unbestimmtheit dem § 32 StGB nicht nachstehen²⁸⁵ und nach ständiger Rechtsprechung unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Bestimmtheit unbedenklich sind.²⁸⁶

²⁷⁷ Von dieser Frage zu unterscheiden ist das in der Literatur schon lange umstrittene Problem, ob § 32 StGB dem Bestimmtheitsgrundsatz i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird, obwohl die beiden Fragen auch gewissermaßen miteinander relevant sind. Die hier interessierende Frage bezieht sich nicht darauf, ob der Wortlaut des § 32 StGB an sich hinreichend bestimmt und dieser Paragraf daher verfassungsmäßig ist (bei Art. 103 Abs. 2 GG handelt es sich hinsichtlich der Bestimmtheit in erster Linie um den Wortlaut der strafrechtlichen Vorschriften, siehe dazu u.a. BVerfGE 85, 69, 78), sondern vor allem darauf, ob § 32 StGB überhaupt als hoheitliche Eingriffsbefugnis qualifiziert werden kann, da ein in Grundrechte eingreifendes Handeln des Staates nach dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) von einer expliziten bereichsspezifischen Eingriffsermächtigung gedeckt sein muss. Getroffen wird also hier nicht unmittelbar die Strafbarkeit des Amtsträgers, sondern der Grundrechtseingriff zulasten des Bürgers. Eingehend dazu vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 350 f.

²⁷⁸ Vgl. Schönke/Schröder-*Perron*, § 32 Rdn. 42c.

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 8, 274, 325; 108, 186, 235.

²⁸⁰ Vgl. BVerfGE 11, 234, 237.

²⁸¹ Vgl. *I. Roxin*, Rechtsfolgen, S. 136 f.

²⁸² Vgl. BVerfGE 11, 234, 237.

²⁸³ Vgl. BVerfGE 14, 245, 251.

²⁸⁴ Vgl. BVerfGE 49, 89, 133.

²⁸⁵ Vgl. *Schaffstein*, GS für Schröder, S. 116.

²⁸⁶ Vgl. BVerfGE 54, 143, 144 f.

Allerdings können die oben angeführten Überlegungen die strafrechtliche Theorie noch nicht voll und ganz rechtfertigen. Führt man sich auf der einen Seite die Wesentlichkeitstheorie vor Augen, wonach die Vorgaben des förmlichen Gesetzgebers umso genauer sein müssen, je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind,²⁸⁷ und berücksichtigt man auf der anderen Seite, dass im Notwehrfall sogar in die Rechte des Betroffenen auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingegriffen werden darf, entsteht der Eindruck, dass die strafrechtliche Notwehr noch nicht so hinreichend bestimmt ist, dass sie als hoheitliche Eingriffsbefugnis qualifiziert werden könnte.²⁸⁸ Diese Bedenken lassen sich nicht durch den Vergleich mit den Generalklauseln der StPO sowie der Polizeigesetze²⁸⁹ oder mit § 127 StPO ausräumen. Denn die Generalklauseln der *StPO* können – jedenfalls nach der Schwellentheorie – nur zu Maßnahmen ermächtigen, deren Eingriffsintensität hinter den gesetzlich geregelten zurückbleibt,²⁹⁰ die polizeirechtlichen Generalklauseln gelten gleichfalls nicht bei „intensiven“ Grundrechtseingriffen,²⁹¹ auch wenn die betreffenden polizeilichen Eingriffshandlungen zum „atypischen“ Bereich gehören und deshalb nicht schon von Anfang an vom Anwendungsbereich der Generalklauseln ausgeschlossen sind;²⁹² dementsprechend rechtfertigt § 127 Abs. 1 StPO unter der einschränkenden Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit²⁹³ auch nur Eingriffe in die persönliche Freiheit.²⁹⁴ Keine von diesen Vorschriften stellt also eine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Leben und die körperliche Unversehrtheit dar. Etwas anderes gilt für die Notwehr, die keine Interessenabwägung voraussetzt, keine Einschränkung aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip

²⁸⁷ Vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 20 Rdn. 59; siehe auch BVerfGE 109, 133, 188; 110, 33, 55.

²⁸⁸ Vgl. *Beaucamp*, JA 2003, 404. Siehe auch *Stohrer*, BayVBl. 2005, 491.

²⁸⁹ Hier ist auch zu beachten, dass die polizeiliche Generalklausel schon in ca. zweihundertjähriger Entwicklung „durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist“ (BVerfGE 54, 143, 144 f.), weshalb sie heutzutage unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots unbedenklich ist. Eine solche, von langer Geschichte geprägte Konkretisierung fehlt jedoch bei den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen. Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 354.

²⁹⁰ Vgl. LR-*Erb*, § 161 Rdn. 3b ff.; § 163 Rdn. 6.

²⁹¹ Vgl. Lisken/Denninger-Rachor, Kap. E Rdn. 723.

²⁹² Vgl. *Butzer*, VerwArch 2002, 523 f.

²⁹³ Vgl. BGHSt, 45, 378, 381.

²⁹⁴ So die h.M. in der Literatur; siehe statt vieler *Meyer-Gofßner*, StPO, § 127 Rdn. 13 f.; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 355 f. Nach BGH NStZ-RR 2007, 303 können die Handlungen zur Fluchtverhinderung, die zu einer ernsthaften Gesundheitsschädigung oder einer unmittelbaren Lebensgefährdung führen, jedenfalls bei Straftaten von geringem Gewicht nicht durch § 127 StPO gerechtfertigt werden. Auch eine andere Ansicht befürwortet selbst in Ausnahmefällen – nämlich bei schweren Verbrechen – lediglich eine Rechtfertigung der Anwendung der Schusswaffe zur Verhinderung der Flucht, nicht aber zur gezielten Verletzung oder Tötung des Täters (vgl. nur KK-*Schultheis*, § 127 Rdn. 28; BGH MDR 1979, 986).

kennt²⁹⁵ und daher oft als „schneidiges“ Recht²⁹⁶ bezeichnet wird. Somit lässt sich nur schwer vertreten, dass die generalklauselartig formulierte Notwehr trotz ihrer ggf. hohen Eingriffsintensität – auch als hoheitliches Eingriffsrecht – dem Bestimmtheitsgebot und der Wesentlichkeitstheorie gerecht wird.²⁹⁷

b) Weitere Einwände

Darüber hinaus könnte die strafrechtliche Theorie auch anderen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen. Sie könnte beispielsweise zum Aufbrechen des Organisations- und Kompetenzrechts führen. Da sich den §§ 32, 34 StGB als Generalemächtigung nämlich nicht entnehmen lässt, welches Staatsorgan zu Notwehr- und Notstandshandlungen berechtigt ist, besteht die Gefahr, dass sich jedes Staatsorgan durch Berufung auf die Notwehr oder den rechtfertigenden Notstand über die öffentlich-rechtliche Kompetenzzuweisung hinwegsetzt.²⁹⁸

Umgekehrt wie bei der rein öffentlich-rechtlichen Theorie besteht bei der strafrechtlichen Theorie ebenfalls Zweifel in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz. Denn mit der Anerkennung der §§ 32, 34 StGB als hoheitliche Eingriffsbefugnisse würde die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer gemäß Art. 30, 70 GG verletzt.²⁹⁹ Wer diesen Einwand einfach mit Art. 31 GG zurückweist, muss damit rechnen, dass der Bundesgesetzgeber auf diese Weise eine sachliche Kompetenz zur Eröffnung und Regelung verwaltungsrechtlicher Eingriffsbefugnisse hätte, die sich nicht auf die bundeseigene Verwaltung beschränken und deren Gestaltung daher den Bundesländern vorbehalten bleiben soll.³⁰⁰ Durch entsprechend weite

²⁹⁵ Vgl. *Wössner*, Notwehr, S. 43 f. m.w.N. Bedenklich ist deshalb ferner, dass mit der Anerkennung der Notwehr als hoheitliche Eingriffsbefugnis der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durchbrochen würde. Vgl. dazu *Schaffstein*, GS für Schröder, S. 116. Hingegen sieht *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 114 in dieser Hinsicht kein Problem. Nach seiner Meinung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schon durch die Gebotenheit der Notwehr gewährleistet (so auch *Kühl*, Jura 1993, 238 Fn. 381; *ders.*, AT, § 7 Rdn. 153 Fn. 317).

²⁹⁶ Vgl. *Hruschka*, ZStW 115 (2003), 223.

²⁹⁷ Dieser Einwand könnte auch nicht einfach mit der Behauptung zurückgewiesen werden, dass eine präzisere Fassung in praktikabler Form unmöglich sei (so aber *Schwabe*, NJW 1977, 1907), weil die Schwierigkeit der Gesetzgebung gerade keine Ermächtigung zu den hoheitlichen Eingriffen mit großer Intensität bedeutet.

²⁹⁸ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 354 ff.; *Spirakos*, Folter, S. 216; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 89. Außerdem sehen ebenfalls *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 218 die Notwehrovorschrift als keine „bereichsspezifische“ Eingriffsermächtigung an. Hier ist freilich zu beachten, dass die Nicht-Polizeibeamten mangels funktionellen Zusammenhangs zwischen der Notwehrhandlung und ihrem Dienst die Notwehr meistens nur privat geleistet haben. Im Ausnahmefall, in dem die Notwehrhandlung des Nicht-Polizeibeamten auch als Hoheitsakt eingestuft werden muss, will *Schwabe*, JZ 1974, 636 f. diese durch Notwehr vermittelte Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr als subsidiäre in Ergänzung der üblichen Kompetenzordnung hinnehmen. Schlagend erscheint diese Lösung jedoch eher nicht.

²⁹⁹ Vgl. *Beaucamp*, JA 2003, 404; *Fechner*, Polizeiliche Notwehr, S. 62.

³⁰⁰ Vgl. *LK¹¹-Hirsch*, § 34 Rdn. 11.

Regelungen könnte der Bundesgesetzgeber die Landesgesetzgebung im Bereich der Gefahrenabwehr sogar faktisch unmöglich machen.³⁰¹

E. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass heute in Deutschland immer noch sehr umstritten ist, ob sich die Hoheitsträger auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe berufen dürfen und ob die strafrechtliche Rechtfertigung die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse erweitern kann. Geht man von der öffentlich-rechtlichen Theorie aus, kommt eine strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter schon angesichts des absoluten Folterverbots im Polizeirecht nicht mehr in Betracht. Hingegen soll nach der ganz überwiegenden Ansicht, also allen anderen drei Theorien, und insbesondere auch nach der Rechtsprechung dem folternden Polizeibeamten die Möglichkeit der Berufung auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe nicht von Anfang an abgesprochen werden. Somit ist anschließend weiter zu prüfen, ob die Rettungsfolter die Voraussetzungen eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes erfüllt. Auf die schwierige Frage, ob die strafrechtliche Rechtfertigung eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis für die Rettungsfolter darstellt, bzw. ob sie das Verbot der gewaltsamen Erzwingung der Aussage in Polizeigesetzen durchbrechen könnte,³⁰² ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Denn dies muss erst dann thematisiert werden, wenn geklärt wurde, ob die Rettungsfolter überhaupt strafrechtlich gerechtfertigt werden kann.³⁰³

V. Rettungsfolter als Notwehr

Für die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter kommt in erster Linie die Notwehr in Betracht.

A. Allgemeines zur Notwehr

In Deutschland ist die Notwehr in § 32 StGB geregelt. Nach § 32 Abs. 2 StGB ist Notwehr „die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“. Obwohl man

³⁰¹ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 364.

³⁰² Bspw. hat *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 203 diese Frage verneint und die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Theorie im Rettungsfolterfall durch Verweis auf das polizeirechtliche Verbot der Erzwingung von Aussagen ausgeschlossen.

³⁰³ Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 146.

die Verteidigung eines anderen gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auch „Nothilfe“ nennen kann³⁰⁴ und daher im hier interessierenden Rettungsfolterfall eher von Nothilfe die Rede sein soll,³⁰⁵ ist in der vorliegenden Untersuchung nicht mehr genau zwischen Notwehr und Nothilfe zu differenzieren. Denn nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 StGB umfasst der Begriff der Notwehr immer auch die Nothilfe mit.³⁰⁶

Die Notwehr stellt in Deutschland nach dem herrschenden dreistufigen Deliktaufbau ohne Zweifel einen Rechtfertigungsgrund dar.³⁰⁷ Sie setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass eine Notwehrlage gegeben ist, und dass die gegen den Angreifer gerichtete Notwehrhandlung sowohl erforderlich als auch geboten ist. Auf der subjektiven Seite muss die Notwehrhandlung noch vom Verteidigungswillen getragen sein.³⁰⁸ Ob diese Voraussetzungen im hier interessierenden Rettungsfolterfall erfüllt werden, bedarf sorgfältiger Prüfung.

B. Notwehrlage

Die Notwehrlage wird durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein Rechtsgut oder ein rechtlich geschütztes Interesse begründet.³⁰⁹ Für die Rechtfertigung einer Rechtsgutsverletzung als Notwehr muss die Notwehrlage zum Zeitpunkt der Tat tatsächlich bestehen. Nur dann lassen sich die scharfe Eingriffsbefugnis des Verteidigers und die Belastung des Angreifers mit der entsprechenden Duldungspflicht rechtfertigen. Der Glaube des Notwehrtäters an das Vorliegen einer Notwehrlage – und sei er noch so nachvollziehbar – reicht hingegen für die Bejahung der Notwehr nicht aus.³¹⁰

1. Der Angriff

Unter Angriff wird „jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen“³¹¹ verstanden. Im hier interessierenden Rettungsfolterfall sind zwar die zu schützenden Rechtsgüter des entführten Kindes, nämlich sein Leben, die Unversehrtheit seines Körpers, seine Bewegungsfreiheit und möglicherweise auch seine Würde, ohne Weiteres notwehrfähig, weil alle In-

³⁰⁴ Vgl. nur *Engländer*, Nothilfe, S. 1.

³⁰⁵ Vgl. so *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 116; *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 65.

³⁰⁶ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 42b.

³⁰⁷ Vgl. nur *Fischer*, StGB, § 32 Rdn. 2.

³⁰⁸ Vgl. nur *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 20 f.

³⁰⁹ Vgl. nur *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 325.

³¹⁰ Vgl. nur *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 21.

³¹¹ *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 325.

dividualgüter unbeschränkt durch Notwehr geschützt werden dürfen.³¹² Dennoch ist unklar, ob hier tatsächlich ein Angriff seitens des Entführers vorliegt. Dafür kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: das Verschweigen des Aufenthaltsorts des Entführungsopfers und die Entführung an sich.

a) *Die Ansicht gegen das Vorliegen eines Angriffs*

Eine Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass im Rettungsfolterfall kein Angriff des Entführers besteht. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist, dass Unterlassen im Prinzip nicht als „Angriff“ i.S.d. Notwehr zu qualifizieren sei.

Mit dem Argument, dass „der aktive Gehalt der Freiheitsberaubung abgeschlossen ist, sobald der Entführer sein Opfer eingesperrt hat“, behauptet *Kretschmer*, dass es nur ein Unterlassen sei, wenn der Entführer das Versteck des Opfers nicht preisgebe. Mangels invasiv-einschränkend-grenzverletzender oder kurzum kriegerischer Eigenschaft sei dieses Unterlassen aber kein Angriff i.S.d. § 32 StGB und könne daher kein Notwehrrecht begründen. Denn das Recht zur Notwehr und Nothilfe leite sich nicht allein aus der Notlage des Opfers ab, sondern fordere einen Angriff in Form eines gegenwärtigen menschlichen Verhaltens. Das rigide Notwehrrecht schöpfe nämlich seine Kraft und Tragweite gerade daraus, dass der Angreifer den Angegriffenen in den Naturzustand reiße, ihm gewissermaßen den Krieg erkläre, weshalb dieser quasi jedes Mittel einsetzen dürfe, um sich gegen die Grenzverletzung zu wehren. Von einer solchen Kampflege und daher auch einem Angriff könne aber nicht die Rede sein, wenn jemand – wie der Entführer im Rettungsfolterfall – lediglich die erforderliche Hilfe unterlasse, auch wenn er dazu verpflichtet sei.³¹³

Auch *Schild* geht davon aus, dass § 32 Abs. 2 StGB einen tatsächlichen Angriff voraussetzt, der als „Kampflege“ umschrieben wird.³¹⁴ Für die Garantenstellung aus Ingerenz sei jedoch das maßgebende Kriterium die pflichtwidrige Herbeiführung einer Gefahr, die weiter bestehe und sich in dem Erfolg zu verwirklichen drohe. Entscheidend sei also diese Gefahrenlage, die auch dann fortbestehe, wenn der Garant z.B. nicht mehr am Leben sei, was jedenfalls dann sicherlich ausschließe, von einem „Angriff durch Unterlassung“ zu sprechen. Auch im Rettungsfolterfall liege der Schwerpunkt auf der vorherigen Herbeiführung der Gefahr, die zur Zeit der Rettungsfolter nur weiter andauere. Daher scheidet die Notwehr bereits mangels Notwehrlage aus.³¹⁵

³¹² Vgl. Schönke/Schröder-*Perron*, § 32 Rdn. 5.

³¹³ Vgl. *Kretschmer*, RuP 2003, 111 f.

³¹⁴ Vgl. *Schild*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettsungsfolter*, S. 85.

³¹⁵ Vgl. *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), *Folter*, S. 74.

Folgt man dieser Ansicht, ist die Rechtfertigung der Rettungsfolter durch Notwehr bereits ausgeschlossen. In Betracht kommt vielmehr nur, ob die Rettungsfolter durch § 34 StGB gerechtfertigt werden kann.

b) Die herrschende Ansicht

Die Ansicht, nach der kein Angriff seitens des Entführers im Rettungsfolterfall vorliegt, wird von der h.M. in Deutschland abgelehnt. Es wird eingewendet, dass sie mit ihrer Bestimmung des gegenwärtigen Angriffs allein durch die aktive Angriffshandlung die Komponente des Angriffserfolgs völlig ausblende. Im Ergebnis würde dies somit darauf hinauslaufen, Notwehr nur noch bis zum Vorliegen eines (objektiv) beendeten Versuchs zuzulassen und daher zu einer nicht gerechtfertigten Verkürzung der subjektiven Rechte des Angegriffenen führen.³¹⁶

Zudem scheint es auch sehr fraglich, ob das Verschweigen des Aufenthaltsorts des Entführungsofners nur als Unterlassen zu qualifizieren ist. Hier muss berücksichtigt werden, dass Tun und Unterlassen nicht einfach durch die äußere Erscheinungsform des Verhaltens unterschieden werden können. Die Untätigkeit des Entführers nach seiner Festnahme im Rettungsfolterfall lässt sich vielmehr nicht isoliert von seinem vorherigen aktiven Tun – dem Einsperren des Opfers – als Unterlassen bewerten. Zu beachten ist also, dass das entführte Opfer als Mensch, anders als eine Sache, Träger eigener Rechte ist.³¹⁷ Dessen Rechtsgüter – im hier interessierenden Rettungsfolterfall vor allem die Freiheit – werden in der Tat weiter dadurch verletzt, dass der Entführer den Aufenthaltsort des Opfers verschweigt und damit den rechtswidrigen Zustand aufrechterhält.³¹⁸ Daher muss davon ausgegangen werden, dass das Einsperren des Opfers und das Verschweigen des Aufenthaltsorts eine „soziale Sinneinheit“³¹⁹ im Sinne eines Dauerdelikts bilden, weshalb es im hier interessierenden Rettungsfolterfall von vornherein keinen Raum für *Kretschmers* Einwand gibt.³²⁰ Dieses Ergebnis wird insbesondere durch die Ansicht bestätigt, nach der die Nichtbeendigung eines rechtswidrig geschaffenen Dauerzustands ebenfalls als ein rechtswidriger Angriff durch aktives Tun angesehen werden muss.³²¹

Doch selbst wenn man die Nichtpreisgabe des Aufenthaltsorts lediglich als Unterlassen ansieht,³²² müsste man hier wohl ebenfalls einen Angriff annehmen.

³¹⁶ Vgl. so *Engländer*, Nothilfe, S. 334.

³¹⁷ Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 147 f.

³¹⁸ Vgl. *Fahl*, Jura 2007, 744; *Jeßberger*, Jura 2003, 713; *Kudlich*, JuS 2005, 378; *Merkel*, FS für Jakobs, S. 388.

³¹⁹ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 24.

³²⁰ Vgl. auch *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 117.

³²¹ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 11.

³²² Vgl. *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 134; *Miehe*, NJW 2003, 1220. Siehe wohl auch *Renzikowski*, Notstand, S. 278 f.

Allerdings ist umstritten, ob ein Unterlassen tatsächlich einen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB darstellen kann. Einige weisen auf den eher für eine Aktivität sprechenden Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB³²³ hin und vertreten, dass ein Angriff schon begrifflich ein aktives Tun erfordert.³²⁴ Die h.L. in der Literatur besagt hingegen, dass als Angriff im Sinne der Notwehr nicht nur aktives Handeln, sondern auch Unterlassen entgegen einer Rechtspflicht in Betracht kommt.³²⁵ Auseinander gehen aber auch die Meinungen der Vertreter der h.L.: Während einige von ihnen ein echtes Unterlassen – wie z.B. das Unterlassen i.S.d. § 323 c StGB – aus dem Bereich des notwehrfähigen Angriffs ausschließen und nur ein unechtes Unterlassen, das bei einer besonderen Rechtspflicht zum Tätigwerden gemäß § 13 StGB dem aktiven Tun gleichgestellt wird, als Angriff i.S.d. § 32 StGB ansehen wollen,³²⁶ kennen andere³²⁷ eine solche Einschränkung nicht. Dieser Meinungsstreit muss hier allerdings nicht entschieden werden, denn hinsichtlich des Verschweigens des Aufenthaltsorts würden alle erwähnten Auffassungen einen Angriff durch Unterlassen bejahen: Wird eine Garantenstellung begründende Rechtspflicht verlangt, reicht es bereits aus, dass der Entführer aufgrund des vorherigen Einsperrens des Opfers als Garant zur Abwendung des Erfolgs verpflichtet ist. Seine Garantenstellung ergibt sich hier aus Ingerenz.³²⁸ Selbst die Vertreter, die für einen Angriff ein aktives Tun fordern, würden hier eine analoge Anwendung des § 32 StGB befürworten.³²⁹

Hinzu kommt, dass auch die Rechtsprechung in einer solchen Konstellation – ohne zwischen Tun und Unterlassen zu unterscheiden – einen notwehrfähigen Angriff annimmt. Sie bejaht einen Angriff z.B. dann, wenn der Täter das Opfer mit Kraftfahrzeugen blockiert,³³⁰ wenn er dem Opfer den Weg zur Weiterfahrt verstellt³³¹ oder wenn er sich vor die Tür stellt, um das Opfer am Verlassen eines Lokals zu hindern.³³²

³²³ Dagegen *Lagodny*, GA 1991, 302.

³²⁴ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 10.

³²⁵ Vgl. statt vieler *Fischer*, StGB, § 32 Rdn. 5.

³²⁶ Vgl. dazu nur *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 326; *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 13; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 Rdn. 65. Gegen diese Ansicht wird jedoch eingewendet, dass § 13 StGB nur der Feststellung dient, dass das Unterlassen dem Tun in Bezug auf die Straftatbestandsverwirklichung gleichsteht, die ein Angriff i.S.d. § 32 StGB aber gerade nicht voraussetzt (*Kretschmer*, RuP 2003, 111).

³²⁷ Vgl. z.B. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 6; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 339; *LK¹¹-Spendel*, § 32 Rdn. 46 ff.; *SK-Günther*, § 32 Rdn. 31; *NK-Herzog*, § 32 Rdn. 11; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 103. Vgl. auch *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 30.

³²⁸ Vgl. dazu nur *Hilgendorf*, JZ 2004, 339; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 116; *Müller/Formann*, Die Polizei 2003, 317; *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 134; *Ebel*, Kriminalistik 1995, 826.

³²⁹ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 11; *Bockelmann/Volk*, AT, S. 89.

³³⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1986, 1358.

³³¹ Vgl. OLG Schleswig NJW 1984, 1470.

³³² Vgl. BayObLG NJW 1991, 934.

Mit den oben ausgeführten Argumenten lässt sich nach h.M. in Deutschland festhalten, dass das Verhalten des Entführers im hier interessierenden Rettungsfolterfall einen notwehrfähigen Angriff darstellt.³³³

2. Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit des Angriffs

Ein Angriff im Sinne der Notwehr ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.³³⁴ Im hier vorliegenden Fall ist die Gegenwärtigkeit des Angriffs angesichts der Tatsache, dass es sich beim Einsperren des entführten Kindes um ein Dauerdelikt handelt, unproblematisch zu bejahen. Denn die Rechtsgutsverletzung beim Dauerdelikt ist nicht mit der Vollendung abgeschlossen,³³⁵ vielmehr kann ein Angriff „trotz Vollendung des Delikts noch fort dauern und deshalb noch gegenwärtig sein, solange die Gefahr, die daraus für das bedrohte Rechtsgut erwächst, entweder doch noch abgewendet werden kann oder bis sie umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist“.³³⁶ Daher ist der Angriff hier – gleichgültig ob man ihn an die Entführung als solche oder an das Verschweigen des Aufenthaltsorts knüpft – bis zur Beendigung der Freiheitsberaubung immer gegenwärtig.³³⁷ Dass dieser Angriff auch rechtswidrig ist, versteht sich von selbst.

C. Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung muss sich gegen den Angreifer richten. Dies ist im Rettungsfolterfall zweifellos zu bejahen, weil die Rettungsfolter gerade gegen den Entführer durchgeführt wird. Darüber hinaus muss die Notwehrhandlung erforderlich sein, d.h. die Rettungsfolter muss zum einen geeignet sein, den Angriff abzuwehren, und zum anderen muss sie das mildeste der zur Verfügung stehenden Gegenmittel darstellen.³³⁸

³³³ Ohne eingehende Begründung auch vertreten von *Jerouschek*, JuS 2005, 301; *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 698; *Neuhaus*, GA 2004, 526. Zur Bejahung eines Angriffs an Beispiel der tickenden Zeitbombe siehe *Norouzi*, JA 2005, 308; *Brugger*, VBIBW 1995, 453.

³³⁴ Vgl. nur *Rengier*, AT, § 18 Rdn. 19.

³³⁵ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 24.

³³⁶ BGHSt 48, 207, 209.

³³⁷ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 117.

³³⁸ Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 335.

1. Geeignetheit der Rettungsfolter

a) Ablehnende Ansichten

Im Schrifttum wird teilweise eingewendet, dass die Rettungsfolter nicht zur Abwehr des Angriffs geeignet sei.³³⁹ So argumentieren z.B. *Jerouschek* und *Kölbel*, dass die mildere Folter nicht als Einlassungsstimulus taue, die hochgradige Schmerzzufügung aber vielmehr Falschaussagen provoziere.³⁴⁰ Nach *Saliger* erstaune auch die „naive“ Selbstverständlichkeit, mit der die Folter als taugliches Mittel der Wahrheitserforschung vorgestellt werde. Denn alle bittere historische Erfahrung habe bis heute bestätigt, dass die Folter weniger die Wahrheit als das Erdulden prüft.³⁴¹ Zudem ist *Baum* der Meinung, dass sich die Geeignetheit der Rettungsfolter aus *ex ante*-Sicht nicht vernünftigerweise belegen lasse. Denn polizeipsychologisch stelle sich die Vernehmungssituation so komplex dar, dass die Anwendung von Gewalt als nicht zielführend angesehen werden solle. Der Gewalteininsatz werde vielmehr das Vertrauen zwischen dem Beschuldigten und den Vernehmungsbeamten zerstören, sodass die weitere Aufklärung des Tatverdachts nicht nur erschwert, sondern auch vereitelt werden könne.³⁴²

b) Überwiegende Meinung

Die überwiegende Ansicht in der Literatur hält zwar diese auf historischen Erfahrungen basierenden Erkenntnisse im Prinzip auch für richtig. Sie sollen danach allerdings der Geeignetheit der Rettungsfolter nicht entgegenstehen. Denn hier ist auf den Unterschied zwischen der Folter zum Erwerb eines Geständnisses und der Rettungsfolter zu achten. Bei der Ersteren kümmert sich der Folternde nur darum, dass der Gefolterte ein Geständnis als erforderliches Beweismittel im Strafverfahren ablegt, damit er zu einer Strafe verurteilt werden kann. Die Wahrheit des Geständnisses ist oft ohne großen Belang und wird daher keiner objektiven Prüfung unterworfen, weshalb ein falsches bzw. dem Wunsch des Folternden entsprechendes Geständnis auch erfolgversprechend für die Beendigung der Folter ist.³⁴³

Ganz im Gegensatz dazu sind die Informationen bei der Rettungsfolter für die Rettung des Opfers höchst relevant, daher wird und muss die Wahrheit der Angaben des gefolterten Entführers kurzfristig überprüft werden.³⁴⁴ Wegen dieser kurzfristigen Überprüfbarkeit ist eine Falschinformation auch aus Sicht des Entführers kein taugliches Mittel, der Folter zu entgehen, da die Folter nach einer Überprüfung

³³⁹ Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rdn. 258.

³⁴⁰ Vgl. *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 617 f.

³⁴¹ Vgl. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 46

³⁴² Vgl. *Baum*, KritV 2005, 292 f.

³⁴³ Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 148 f.; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 118.

³⁴⁴ Vgl. *Fahl*, JR 2004, 186; *ders.*, Jura 2007, 744.

der Angaben sofort fortgesetzt würde.³⁴⁵ Deshalb ist der Entführer beim Rettungsfolterfall einem maximalen Zwang zur Preisgabe wahrer Informationen ausgesetzt.³⁴⁶ Obwohl sich dadurch die Möglichkeit noch nicht völlig ausschließen lässt, dass der Entführer trotzdem eine falsche Aussage macht, hindert dies die Annahme der Geeignetheit der Rettungsfolter nicht. Denn für die Bejahung der Geeignetheit reicht schon aus, dass die Verteidigungshandlung *ex ante* betrachtet die „kleinste Chance“³⁴⁷ zur Abwehr des Angriffs eröffnet, d.h. nur von vornherein völlig aussichtslose Verteidigungshandlungen sind ungeeignet.³⁴⁸ Tatsächlich wurde die Geeignetheit der Rettungsfolter zum Erwerb der erforderlichen Auskünfte durch den „Daschner-Fall“ unmittelbar bestätigt: Der Entführer *Gäfigen* hat ja schließlich unter der Androhung der Zufügung körperlicher Schmerzen den Aufenthaltsort des entführten Kindes preisgegeben.

2. Mildestes Mittel

Die Rettungsfolter stellt einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Recht des gefolterten Entführers dar, weswegen ihre Anwendung als erforderliche Verteidigungshandlung voraussetzt, dass andere Mittel, die ohne erhebliche Beeinträchtigung der Rechte des Entführers zur Abwehr des Angriffs tauglich sind, vorrangig gewählt werden.³⁴⁹ Als milderer Mittel kommt vor allem in Betracht, dass der Entführer nachdrücklich auf die wesentliche Strafschärfung, die – z.B. im Entführungsfall – der Tod des Entführungsoپfers im Vergleich zu dessen Freilassung nach sich zieht und die deshalb möglicherweise den Entführer zur Preisgabe der rettenden Informationen veranlassen könnte, hingewiesen wird.³⁵⁰ Erst wenn sich dieser Hinweis als nutzlos erweist, kann die Rettungsfolter zur Anwendung gebracht werden.³⁵¹ Da die Richtigkeit der Angaben kurzfristig überprüfbar ist, ist eine Kontrolle bzw. Abstufung der Intensität der Rettungsfolter auch durchaus

³⁴⁵ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 881.

³⁴⁶ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 25; *Engländer*, Nothilfe, S. 335.

³⁴⁷ Vgl. *SK-Günther*, § 32 Rdn. 91; *Warda*, GA 1996, 406.

³⁴⁸ Vgl. *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 98. Siehe auch *LK-Rönnau/Horn*, § 32 Rdn. 169; *Schönke/Schröder-Perron*, § 32 Rdn. 35; *Frister*, AT, 16. Kap. Rdn. 22.

³⁴⁹ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 25; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 120.

³⁵⁰ Vgl. *Hamm*, NJW 2003, 946; *Neuhaus*, GA 2004, 539; *Schroeder*, ZRP 2003, 180; *Erb*, Jura 2005, 25; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 120; *Roxin*, FS für Nehm, S. 214, *ders.*, FS für Eser, S. 469 f.

³⁵¹ Dagegen *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 138, der ohne Begründung davon ausgeht, dass die Folter kaum effektiver zur Aussage motiviere als ein Hinweis auf die Strafschärfung. Ähnlich vertritt *Roxin*, FS für Nehm, S. 214, dass eine Folterandrohung sinnlos sei, falls der Täter trotz des Hinweises weiter schweige. Denn das weitere Schweigen sei eine Indiz, dass der Täter sein Opfer schon getötet habe (in diesem Sinne auch *Schroeder*, ZRP 2003, 180).

möglich.³⁵² Der folternde Polizeibeamte kann also die Zufügung der erheblichen Übel „passgenau“ und „schonend“ gegen den Entführer einsetzen, bis dieser die rettenden Informationen preisgibt.³⁵³ Allgemein gesagt geht die Androhung der Zufügung körperlicher Schmerzen immer der tatsächlichen Ausführung vor. Darüber hinaus muss die Schmerzzufügung auch so erfolgen, dass die Rechtsgüter des gefolterten Entführers möglichst wenig verletzt werden.³⁵⁴

Ob die Rettungsfolter im Einzelfall das mildeste Mittel darstellt, ist eher eine Tatfrage, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist.³⁵⁵ Zu beachten ist einerseits, dass die Erforderlichkeit i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB weder eine Güterproportionalität noch eine absolute Obergrenze der Intensität der Verteidigungshandlung, sondern nur das Fehlen eines hinreichend wirksamen milderen Mittels bezeichnet, weshalb selbst eine massive Rettungsfolterung nicht per se als unzulässig qualifiziert werden kann, wenn im konkreten Fall jedes schonendere Vorgehen erfolglos bleibt.³⁵⁶ Andererseits muss sich der Polizeibeamte auch bei bestehenden Unsicherheiten nicht auf das Risiko einer nur unzureichenden Abwehrhandlung und des Eintritts des Schadenserfolgs einlassen.³⁵⁷ Daher wäre es ungerecht, bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Rettungsfolter zu strenge Maßstäbe heranzuziehen.³⁵⁸

³⁵² A.A. *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 147.

³⁵³ Vgl. *Fahl*, JR 2004, 186.

³⁵⁴ Vgl. *Erb*, FS für Seebode, S. 120, danach soll eine nachträgliche kritische Prüfung der Erforderlichkeit vom Folternden verlangt werden; *ders.*, Jura 2005, 25; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 120. Hiergegen wendet aber *Maihold*, in: *Mona/Seelmann* (Hrsg.), Notstand, S. 139 ein, dass die Notwendigkeit der Intensität der Folter im Einzelfall kaum bestimmbar sei.

³⁵⁵ Vgl. *Kudlich*, JuS 2005, 378.

³⁵⁶ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 26; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 120; *Fahl*, Jura 2007, 744.

³⁵⁷ Zu dem allgemeinen Prinzip, dass sich der Verteidiger bei der Notwehr nicht auf das Risiko einer unzureichenden Abwehrhandlung einlassen muss, siehe u.a. BGH NStZ 2002, 140; BGH NStZ 1998, 508; BGH NStZ-RR 1999, 41.

³⁵⁸ Mit dem Argument, dass die Androhung von Schmerzzufügung nach Art und Maß nicht das mildeste Mittel gewesen sei, hat das LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 693 die Erforderlichkeit der Folterandrohung im „Daschner-Fall“ verneint. Diese Beurteilung erscheint zweifelhaft. Angesichts der Umstände, dass das entführte Kind zum Zeitpunkt der Androhung von Schmerzzufügung schon vier Tage isoliert eingesperrt worden war und sich in akuter Lebensgefahr befand, und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der vom Polizeipsychologen vorgeschlagene Plan, den Täter stufenweise mit seiner Mutter, seinen beiden Geschwistern und ggf. mit den Eltern des entführten Kindes zu konfrontieren, einen Erfolg nicht garantieren konnte, hätte das Gericht hier die Erforderlichkeit der Folterandrohung wohl bejahen müssen (vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 121; *Neuhaus*, GA 2004, 526; zweifelnd auch *H. Götz*, NJW 2005, 954; *Fahl*, Jura 2007, 744).

D. Gebotenheit der Notwehr

Nach dem oben Ausgeführten ist festzuhalten, dass im hier interessierenden Rettungsfolterfall eine Notwehrlage durch das Verhalten des gefolterten Entführers begründet wird und dass die Rettungsfolter an sich auch die erforderliche Verteidigungshandlung darstellt.³⁵⁹ Anschließend ist jedoch weiter zu prüfen, ob die Rettungsfolter überhaupt i.S.d. § 32 Abs. 1 StGB „geboten“ ist. Da der Verteidigungswille des folternden Polizeibeamten dabei unproblematisch ist, ist die Prüfung der Gebotenheit ausschlaggebend dafür, ob die Rettungsfolter durch Notwehr gerechtfertigt werden kann.³⁶⁰ Bevor auf die Frage der Gebotenheit der Rettungsfolter eingegangen wird, müssen hier zunächst die grundlegenden Probleme hinsichtlich der Gebotenheit der Notwehr erklärt werden.

1. Allgemeines zur Gebotenheit

Heute herrscht in Deutschland im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass das Notwehrrecht ausnahmsweise „sozialethischen“ Einschränkungen unterliegt.³⁶¹ Ziel dieser zusätzlichen Einschränkungen ist es, die als zu rigide empfundene Notwehrregelung des § 32 StGB sozialverträglich zu gestalten.³⁶² Mit dem Wesen der Strafe als „sozialethische Missbilligung“ ist dieser Gedanke auch vereinbar.³⁶³ Da eine Einschränkung des Notwehrrechts andererseits die Strafbarkeit des Verteidigers bedeutet, knüpft die h.M. die sozialethischen Einschränkungen an die „Gebotenheit“ i.S.d. § 32 Abs. 1 StGB, damit das in Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB konkretisierte Gesetzlichkeitsprinzip gewährleistet ist.³⁶⁴ Dies wird hauptsächlich

³⁵⁹ So bereits *Ebel*, Kriminallistik 1995, 826.

³⁶⁰ Vgl. *Kudlich*, JuS 2005, 379.

³⁶¹ Dagegen etwa LK¹¹-*Spendel*, § 32 Rdn. 255 f. mit dem Argument, dass die Verschiedenheit der Ausdrücke „geboten“ und „erforderlich“ sachlich nicht begründet sei. Siehe so ähnlich auch *MK-Erb*, § 32 Rdn. 205; *Seebode*, in: Goerlich (Hrsg.), *Folter*, S. 71 f. Nach h.M. in Deutschland ist doch ein Unterschied zwischen „Gebotenheit“ und „Erforderlichkeit“ durchaus möglich und auch überzeugend begründbar. Während der Erstere von normativen und sozialethischen Erwägungen geprägt ist, handelt es sich beim Letzteren allein um die tatsächliche Art und Stärke des Angriffs. Siehe *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 342; vgl. auch BGHSt 42, 97, 102; BGHSt 39, 374, 378.

³⁶² Vgl. *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 158; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 225.

³⁶³ Dazu siehe *Kühl*, FS für Otto, S. 72 ff.

³⁶⁴ Umstritten ist zum einen, ob Art. 103 Abs. 2 GG überhaupt auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe anwendbar ist. Ein Teil der Literatur verneint dies mit beachtlichen Gründen (vgl. *Roxin*, AT I, § 5 Rdn. 42, § 15 Rdn. 56; *Krey*, AT I, Rdn. 103; wohl auch *Kühl*, FS für Seebode, S. 74), während ein anderer Teil der Literatur (vgl. LK¹¹-*Hirsch*, Vor § 32 Rdn. 40; *Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rdn. 25) und die Rechtsprechung (siehe BGHSt 39, 1, 27) die Rechtfertigungsgründe nicht generell vom Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG ausnehmen wollen. Zum anderen ist streitig, ob die „Gebotenheit“ als Anhaltspunkt für sozialethische Einschränkungen einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellt. Obwohl einige Autoren dies bejahen (vgl. *MK-Erb*, § 32 Rdn. 204; *Seebode*, in: Goerlich [Hrsg.], *Folter*, S. 72), geht die h.M. davon aus, dass

damit begründet, dass die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr mithilfe der Grundgedanken der Notwehr vorgenommen werden, die in der Notwehrregelung des § 32 StGB zum Ausdruck gekommen sind.³⁶⁵ Bei den durch die Bezeichnung „geboten“ in § 32 Abs. 1 StGB geschilderten sozialetischen Einschränkungen handelt es sich also nur um „immanente Schranken“³⁶⁶ oder eine zulässige „Normkonkretisierung“³⁶⁷ bzw. „systembildende Interpretation“³⁶⁸ des Notwehrrechts, weshalb sie keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen.

Anhand dieses Gedankens sind von Literatur und Rechtsprechung vor allem vier „klassische“ Fallgruppen als sozialetische Einschränkungen des Notwehrrechts im Bereich der Gebotenheit herausgearbeitet worden: Das krasse Missverhältnis zwischen dem verteidigten und dem durch die Verteidigungshandlung verletzten Rechtsgut, Angriffe im erheblich schuldverminderten Zustand, Notwehrprovokation sowie Fälle, in denen Angreifer und Angegriffener in einem engen persönlichen Verhältnis zueinander stehen.³⁶⁹ Diese konkreten Fallgruppen als Einschränkungen der Notwehr sind später auch teilweise vom Gesetzgeber hingenommen worden.³⁷⁰ Zu beachten ist aber, dass diese Fallgruppen keinen *Numerus clausus* bilden³⁷¹ und deshalb durchaus „erweiterungsfähig“³⁷² sind.³⁷³ Daher bleibt noch eingehend zu ermitteln, auf welchen „immanenten Schranken“ diese Einschränkungen beruhen und ob ggf. eine neue Fallgruppe hinzugefügt werden kann.

2. Zumutbarkeitserwägung

Die ältere Rechtsprechung begründete die Einschränkungen des Notwehrrechts durch eine Zumutbarkeitserwägung. Danach sollte das Recht zur Verteidigung

Art. 103 Abs. 2 GG den in der „Gebotenheit“ verankerten sozialetischen Einschränkungen nicht entgegensteht (vgl. *Wössner*, Notwehr, S. 60 ff.).

³⁶⁵ Vgl. *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 164.

³⁶⁶ *Fahl*, Jura 2007, 745; *SK-Günther*, § 32 Rdn. 105.

³⁶⁷ Vgl. *Schroth*, NJW 1984, 2562.

³⁶⁸ *Jakobs*, AT, 12/42 Fn. 87.

³⁶⁹ Übersicht bei *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 226; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 343 ff. Bei der Annahme, dass eine Einschränkung des Notwehrrechts durch die enge familiäre Beziehung (Ehegatten) begründet werden kann, scheint die neuere Rechtsprechung eher zurückhaltend (vgl. *BGH JZ* 1984, 530; *BGH NSTZ-RR* 2002, 204). Umstritten ist weiter, ob die Schweigegelderpressung (Chantage) und die Beschränkung der absichtlichen Tötung gemäß Art. 2 Abs. 2 EMRK als zusätzliche Notwehreinschränkungen akzeptiert werden sollen.

³⁷⁰ Vgl. dazu *BT-Drucks.* 5/4095, S. 14, wo die Einschränkungen des Notwehrrechts bei schuldlosen, unerheblichen und provozierten Angriffen aufgezählt werden. Dabei wäre der Fall des unerheblichen Angriffs wohl nur als ein Unterfall des krasen Missverhältnisses anzusehen (vgl. *Otto*, AT, § 8 Rdn. 73).

³⁷¹ Vgl. *Norouzi*, JA 2005, 308.

³⁷² *Hilgendorf*, JZ 2004, 339.

³⁷³ Vgl. auch *Fahl*, Jura 2007, 745; *BGHSt* 48, 207, 212.

überall da entfallen, wo der Angegriffene die Rechtsverletzung auf andere Weise abwenden könnte, ohne seiner eigenen Ehre etwas zu vergeben oder sonst seine Belange zu verletzen.³⁷⁴ Von einer Verteidigung musste also Abstand genommen werden, wenn dies dem Angegriffenen zumutbar war.³⁷⁵ Diese Ansicht erweist sich jedoch heute in Deutschland als überholt. Denn sie ist einerseits logisch unbefriedigend: Die Zumutbarkeit an sich ist nur eine Umschreibung des Umstands, dass der Angegriffene eigene Interessen preisgeben muss; auf dem Begriff der Zumutbarkeit basierende Begründungen laufen daher Gefahr, in einem Zirkelschluss zu enden.³⁷⁶ Andererseits ist die Zumutbarkeitserwägung auch praktisch schwer anwendbar, weil die persönliche Opfergrenze im Einzelfall erst mit großer Mühe festzustellen ist, gesetzt den Fall, dass eine solche Feststellung überhaupt möglich ist.³⁷⁷

3. Rechtsmissbrauchsgedanke

a) Grundthese des Rechtsmissbrauchsgedankens

Im Vergleich zur Zumutbarkeitserwägung ist der Rechtsmissbrauchsgedanke als Grund für die Notwehrein-schränkungen sowohl in der Literatur³⁷⁸ als auch in der neueren Rechtsprechung³⁷⁹ verbreitet. Danach ist die Verteidigung nicht geboten, wenn sie sich als Rechtsmissbrauch darstellt, also wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die Hinnahme der Rechtsgutsverletzung oder eine eingeschränkte und risikoreichere Verteidigung zu verlangen ist.³⁸⁰ Denn gerade wie die Rechtsmissbrauchslehre im Zivilrecht zeige, gehe jedes Recht seinem Inhalt nach nur so weit, wie es die guten Sitten und Treu und Glauben gestatteten. Dieser Grundsatz beschränke sich aber nicht auf das Zivilrecht, sondern stelle eine Erkenntnis der allgemeinen Rechtslehre dar. Da die durch Notwehr gerechtfertigte Rechtsverteidigung auch als Rechtsausübung in einem weiteren Sinne anzusehen sei, müssten die immanenten Grenzen, die der Ausübung des verteidigten Rechts gesteckt seien, auch für die Verteidigung selbst gelten.³⁸¹ Dementsprechend könne eine missbräuchliche Abwehrhandlung im Sinne des Gesetzes keine „gebotene“

³⁷⁴ Vgl. BGHSt 5, 245, 248.

³⁷⁵ Vgl. BayObLG NJW 1963, 825.

³⁷⁶ Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rdn. 226.

³⁷⁷ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 46.

³⁷⁸ Statt vieler Wessels/Beulke, AT, Rdn. 342; Fischer, StGB, § 32 Rdn. 36; Roxin, AT I, § 15 Rdn. 59.

³⁷⁹ Vgl. etwa BGHSt 24, 356, 359; 26, 143, 146; BGH NStZ 1983, 452; BGH NJW 2001, 1075.

³⁸⁰ Vgl. Fischer, StGB, § 32 Rdn. 36.

³⁸¹ Vgl. Schaffstein, MDR 1952, 135.

Notwehr sein.³⁸² Dies sei z.B. insbesondere der Fall, wenn zwischen der Beeinträchtigung der Rechte des Verteidigers und den durch die Abwehr herbeigeführten Gefahren ein so krasses Missverhältnis bestehe, dass sich die Berufung auf das Notwehrrecht als dessen Missbrauch darstelle,³⁸³ oder wenn der Verteidiger den Angriff selbst schuldhaft provoziert habe.³⁸⁴

b) Zur Kritik des Rechtsmissbrauchsgedankens

Der Rechtsmissbrauchsgedanke scheint auf den ersten Blick selbstverständlich und dagegen soll sogar „nichts einzuwenden“³⁸⁵ sein. Dennoch wird er heutzutage in der Literatur heftig kritisiert. Auffällig ist bereits der mit diesem Gedanken verbundene denklogische Fehler. Bei der Notwehr handelt es sich nicht um ein missbrauchbares subjektives Recht, sondern nur um eine Eingriffsbefugnis, die je nach Sachlage und ihrer Anwendbarkeit gegeben oder nicht gegeben ist.³⁸⁶ Deshalb ist hier logischerweise schon kein Platz für die Rede vom Rechtsmissbrauch: Entsteht das Notwehrrecht wegen der sozialetischen Einschränkungen vor Beginn des Angriffs nicht, wie kann es dann „missbraucht“ werden?³⁸⁷

Es lässt sich zudem auch bezweifeln, ob der anhand §§ 226, 242, 826 BGB entwickelte Rechtsmissbrauchsgedanke überhaupt auf die strafrechtliche Notwehr übertragbar ist.³⁸⁸ Dieses Bedenken wiegen umso schwerer, wenn man einmal versucht, die oben erwähnten vier klassischen Fallgruppen mit dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs zu erläutern. Denn Rechtsmissbrauch bedeutet „zweckfremde“ Rechtsausübung. Die in den klassischen Fallgruppen sich Verteidigenden üben Notwehr jedoch gerade zur Abwehr eines Angriffs aus, was durchaus als „zweckentsprechend“ gewertet werden muss.³⁸⁹ So betont z.B. *Krause*:

„Notwehr setzt [...] Verteidigungswillen voraus. Wer aber mit Verteidigungswillen handelt, handelt jedenfalls nicht ausschließlich, um andere zu schädigen. [...] [I]nsofern passt der Grundgedanke des § 226 BGB nicht.“³⁹⁰

Daran ändert nichts, dass der Angriff geringfügig ist oder von einem schuldlos Handelnden oder demjenigen kommt, der in einem engen persönlichen Verhältnis zu dem Verteidigenden steht. Selbst im Fall der absichtlichen Notwehrprovokation lässt sich dieser Einwand kaum ausräumen. Denn dort dient die „abwehrende“

³⁸² Vgl. *Roxin*, ZStW 75 (1963), 556.

³⁸³ Vgl. *Schröder*, JR 1973, 74.

³⁸⁴ Vgl. BGHSt 26, 143, 146.

³⁸⁵ *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 59.

³⁸⁶ Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1991, 110.

³⁸⁷ Vgl. *Mitsch*, GA 1986, 539.

³⁸⁸ Vgl. *Wössner*, Notwehr, S. 55.

³⁸⁹ Vgl. *Fahl*, Jura 2007, 746.

³⁹⁰ *Krause*, FS für Bruns, S. 79.

Handlung des Provozierenden – trotz der gezielten Herbeiführung der Notwehrlage – in der Regel auch „mitbestimmend“ der Verteidigung.³⁹¹

Im Übrigen kann der Gedanke des Rechtsmissbrauchs auch der Vielschichtigkeit der Notwehreinschränkungen schwer gerecht werden.³⁹² Da also Rechtsmissbrauch nicht abgestuft werden und daher nur zur völligen Versagung des Rechts führen kann, lässt sich nicht erklären, warum das Notwehrrecht ggf. zwar gewährt, aber sein Anwendungsbereich beschränkt werden sollte.³⁹³

Schließlich ist nicht zu übersehen, dass sich dem Rechtsmissbrauchsgedanken kein inhaltliches Kriterium entnehmen lässt. Selbst die Anhänger dieses Gedankens müssen sich zwangsläufig an die Grundprinzipien der Notwehr halten, um konkrete Fallgruppen bilden zu können.³⁹⁴ Auch der BGH stützt sein Rechtsmissbrauchsargument auf die Grundgedanken der Notwehr, und zwar auf die dualistische Lehre: Die Ausübung der Notwehr ist danach unter Umständen deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der wirksamen Ausgestaltung des Notwehrrechts der Gedanke zugrunde liegt, dass dieses Recht regelmäßig nicht nur dem Schutz des Angegriffenen, sondern zugleich der Bewährung der Rechtsordnung dient.³⁹⁵ Ebenso wird im Schrifttum seit jeher befürwortet, die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts aus dessen Grundgedanken selbst herzuleiten.³⁹⁶

³⁹¹ Vgl. so z.B. *Fahl*, Jura 2007, 746. Ähnlich auch *Jakobs*, AT, 12/50 Fn. 106, der den Rechtsmissbrauch bei der Absichtsprovokation verneint, „da in der Abwehrsituation ein Anlass zum Gebrauch gegeben ist“. Dagegen *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 346.

³⁹² Vgl. *Wössner*, Notwehr, S. 55.

³⁹³ Bspw. hat die Notwehr dann nach der sog. Dreistufentheorie (Ausweichen-Schutzwehr-Trutzwehr) zu erfolgen, wenn die Notwehrlage zwar nicht absichtlich, aber sonst vorwerfbar von dem Angegriffenen herbeigeführt wurde. Das Notwehrrecht wird hier also nur eingeschränkt. Einen vollständigen Ausschluss oder eine zeitlich unbegrenzte Ausdehnung der Einschränkung erkennt die Rechtsprechung hingegen nicht an (vgl. BGHSt 39, 374, 379; BGH StV 1997, 297). Kann der Provozierende dem Angriff nicht ausweichen oder auch nicht über ein Ausweichen zum Einsatz eines weniger gefährlichen Verteidigungsmittels gelangen, so liegt keine rechtsmissbräuchliche Verteidigung mehr vor (vgl. BGH NStZ 1988, 450). Für dieses dem Rechtsempfinden entsprechende Ergebnis liefert der Gedanke des Rechtsmissbrauchs jedoch kaum eine tragfähige Begründung. Gleiches gilt für den Angriff eines schuldlos Handelnden (vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 344; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 196; vgl. auch BGHSt 3, 217, 218) oder von demjenigen, der in einem engen persönlichen Verhältnis zum Verteidigenden steht (vgl. BGH NJW 1975, 62 f.; BGH JZ 1984, 530).

³⁹⁴ Vgl. so schon *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 59; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 343.

³⁹⁵ Vgl. BGHSt 24, 356, 359.

³⁹⁶ Vgl. nur *Schönke/Schröder-Perron*, § 32 Rdn. 47; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 227; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 345; *Krause*, FS für Bruns, S. 81 f.; *Otto*, FS für Würtenberger, S. 138; *Lackner/Kühl*, StGB, § 32 Rdn. 15; *Wagner*, Notwehrbegründung, S. 44 f.

4. Zum Grundgedanken des Notwehrrechts

Was die Grundgedanken des Notwehrrechts angeht, ist das Meinungsspektrum wieder heterogen; umstritten ist, ob das Notwehrrecht individualistisch oder über-individualistisch begründet werden soll.

a) Die rein individualrechtliche Notwehrbegründung

aa) Die grundlegenden Argumente

Die rein individualrechtliche Notwehrbegründung, die seit einigen Jahren in der Literatur vordringt,³⁹⁷ besagt, dass die Notwehr nur eine Lösung der durch einen rechtswidrigen Angriff heraufbeschworenen Kollision der Interessen von Angreifer und Verteidiger darstellt, sei es die allgemeine Handlungsfreiheit, seien es andere konkret betroffene Rechtsgüter im Sinne des Strafrechts, und zwar zugunsten des letzteren. Geltungsgrund des § 32 StGB ist somit allein das Interesse des Einzelnen an der Abwehr rechtswidriger Angriffe.³⁹⁸ Auch die „Schneidigkeit“ des Notwehrrechts – nämlich der Verzicht auf Güterproportionalität einerseits und das Fehlen der Ausweichpflicht des Verteidigers andererseits – soll ohne Heranziehung über-individueller Überlegungen erklärt werden können. Danach ist also der Grund für die ungewöhnliche Reichweite der durch § 32 StGB gewährleisteten Verteidigungsbefugnisse entweder in der Verteidiger- oder Angreiferperspektive oder in der Beziehung der beiden Parteien zu sehen.³⁹⁹ Nicht selten werden auch die verschiedenen Argumente kombiniert.

Auf der Seite des Verteidigers wird zum Teil argumentiert, dass bei der Notwehr eine Abwägung zwischen dem Wert des angegriffenen und dem des vom Verteidiger verletzten Gutes grundsätzlich nicht erforderlich sei, weil das Gesetz die „typische Bedrängnissituation des Angegriffenen sowie seine Ungeübtheit in der Bewältigung von Angriffssituationen“ berücksichtige.⁴⁰⁰ Bei der Notwehr werde der Angegriffene nämlich in eine Lage „gedrängt“, in der er nur mit sofortiger Verteidigung das bedrohte Rechtsgut retten könne. Eine Interessenabwägung könne deshalb nicht vom Verteidiger verlangt werden, denn sie würde in dieser extremen Bedrängnis einer Selbstaufopferung gleichkommen.⁴⁰¹ Hinzu kommt, dass bei der Notwehr nicht nur die bedrohten Rechtsgüter, sondern auch die individuelle Hand-

³⁹⁷ Vgl. zu dieser Tendenz *Freund*, AT, § 3 Rdn. 89; *Engländer*, Nothilfe, S. 38; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 64, 68; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 15.

³⁹⁸ Für eine rein individualrechtliche Interpretation der Notwehr u.a. *MK-Erb*, § 32 Rdn. 18; *SK-Günther*, § 32 Rdn. 11 f.; *Frister*, GA 1988, 299 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 1; *Freund*, AT, § 3 Rdn. 89 ff.

³⁹⁹ Übersichten hierzu finden sich bei *Engländer*, Nothilfe, S. 39 ff.; *van Rienen*, Einschränkungen, S. 35 ff.

⁴⁰⁰ Vgl. *Wagner*, Notwehrbegründung, S. 35.

⁴⁰¹ Vgl. *Kratzsch*, StV 1987, 228.

lungsfreiheit⁴⁰² und das Persönlichkeitsrecht des Angegriffenen⁴⁰³ geschützt werden.⁴⁰⁴ Bringt man diese Grundrechte des Angegriffenen in die Wertabwägung bei der Notwehr ein, so muss angesichts deren hohen verfassungsrechtlichen Status immer vom Vorrang des geschützten Interesses des Angegriffenen – sogar vor dem Lebensrecht des Angreifers – ausgegangen werden.⁴⁰⁵ Schließlich wird teilweise der Notwehrbefugnis der Status eines Naturrechts zugeschrieben. Danach weist das Notwehrrecht in seinem Kernbereich einen naturrechtlichen Charakter auf⁴⁰⁶ und ist insoweit der Verfügungsbefugnis des Gesetzgebers entzogen.⁴⁰⁷ Kommt es also zu einem gegenwärtigen Angriff, dann ist die Rechtsordnung ihrer zentralen Aufgabe, dem Einzelnen Sicherheit zu vermitteln, im Einzelfall offensichtlich nicht gerecht geworden. Damit verwerke sie den Anspruch, den Angegriffenen an den sonst üblichen Maßstäben zu messen. Aus diesem Grund bedarf jegliche staatliche Einschränkung des Notwehrrechts besonderer Legitimation, welches dessen *de lege lata* bestehende Schärfe plausibel und sachgerecht erscheinen lässt.⁴⁰⁸

Auf der Seite des Angreifers wird zunächst die Vermeidbarkeit der Beeinträchtigung von dessen Rechtsgütern hervorgehoben. Da der Angreifer es bis zum Zeitpunkt der Verteidigungshandlung in der Hand habe, die durch diese eintretende Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter selbst abzuwenden, befinde er sich in gar keiner Notlage. Daher könne der Angreifer gegenüber dem Verteidiger keinen Anspruch darauf haben, wegen zwischenmenschlicher Solidarität auch auf seine eigenen Güter Rücksicht zu nehmen.⁴⁰⁹ In diesem Sinne wird auch die volle und ausschließliche Verantwortlichkeit des Angreifers für die Kollisionslage unterstrichen: Weil der Angreifer sehenden Auges die Kollisionssituation in allein zu verantwortender Weise heraufbeschwöre, solle hier die Verantwortlichkeit des Angreifers zu einer Modifikation der rechtlichen Anerkennungswürdigkeit der kollidierenden Interessen führen und es daher ermöglichen, den Konflikt durchweg zu lasten des Angreifers zu entscheiden.⁴¹⁰ Zudem wird argumentiert, dass der Angreifer bei der Notwehr das Risiko, selbst verletzt zu werden, bewusst in Kauf nehme. Durch diese Risikübernahme werde der Schutzwert der Güter des Angreifers erheblich herabgesetzt, sodass den Interessen des Angegriffenen der Vorrang eingeräumt werden solle.⁴¹¹ Zum Teil wird sogar die extreme Ansicht vertreten,

⁴⁰² Vgl. *Wagner*, Notwehrbegründung, S. 31.

⁴⁰³ Vgl. *Kroß*, Schweigegelderpressung, S. 56 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. so auch *MK-Erb*, § 32 Rdn. 18.

⁴⁰⁵ Vgl. *Kroß*, Schweigegelderpressung, S. 62.

⁴⁰⁶ Vgl. *MK-Erb*, § 32 Rdn. 5; *ders.*, Jura 2005, 27.

⁴⁰⁷ Vgl. *Erb*, *NStZ* 2005, 594 f.

⁴⁰⁸ Vgl. *MK-Erb*, § 32 Rdn. 2, 5.

⁴⁰⁹ Vgl. *Frister*, *GA* 1988, 301 f.

⁴¹⁰ Vgl. *Freund*, *AT*, § 3 Rdn. 92 ff.

⁴¹¹ Vgl. *Montenbruck*, Notwehr, S. 33 ff.

dass die Beeinträchtigung der Güter des Angreifers rechtlich diesem selbst und nicht dem Verteidiger zuzurechnen sei, weil er durch seinen Angriff dem Verteidiger die erforderliche Verteidigungshandlung aufnötige. Bei der Notwehr begehe also der Angreifer eine Selbstbeschädigung oder sogar einen Suizid in mittelbarer Täterschaft, weshalb das Verhältnismäßigkeitsprinzip hier gar nicht gelten könne.⁴¹²

Einige Autoren versuchen schließlich, die Verteidigungsbefugnis aus der Beziehung zwischen dem Verteidiger und dem Angreifer abzuleiten. So wird teilweise argumentiert, dass dem Grunde nach die Notwehrbefugnis die Wiederherstellung des Koordinationsverhältnisses zwischen Angreifer und Angriffsoffer sei.⁴¹³ Denn zwischen den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft bestehe ein Koordinationsverhältnis: Sie schuldeten sich die Regelbefolgung wechselseitig. Bei der Notwehr erfülle der Angreifer allerdings seine Regelbefolgungspflicht nicht und störe daher das Koordinationsverhältnis zwischen ihm und dem Angegriffenen.⁴¹⁴ Um die eigenmächtige Umwandlung des Koordinationsverhältnisses in ein Subordinationsverhältnis durch den Angreifer zu verhindern, dürfe der Verteidiger seinerseits auch mit einem vorläufigen Kooperationsabbruch auf diese Kooperationsverweigerung des Angreifers reagieren. Solange es also zur Abwehr der Störung des Koordinationsverhältnisses bzw. zur Wiederherstellung der gestörten Gleichordnung erforderlich sei, sei die Regelbefolgungspflicht des Verteidigers ebenfalls suspendiert.⁴¹⁵ Aus diesem Grund brauche der Angegriffene dem Angriff nicht auszuweichen.⁴¹⁶ Deshalb sollten auch keine Verhältnismäßigkeitserwägungen stattfinden können.⁴¹⁷ In ähnlicher Weise wird zum Teil auch die Ansicht vertreten, dass in der Notwehrsituation der gesellschaftliche Zustand zwischen den Beteiligten suspendiert oder wenigstens stark eingeschränkt sei. Ihr Verhältnis sinke also während des Angriffs quasi auf den Naturzustand herab. Da aber im Naturzustand keine Solidaritätspflichten existierten, komme eine Einschränkung des Verteidigungsrechts nicht in Betracht.⁴¹⁸

⁴¹² Vgl. *Merkel*, JZ 2007, 377.

⁴¹³ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 275.

⁴¹⁴ Vgl. *Hruschka*, Strafrecht, S. 137; *ders.*, FS für Dreher, S. 198 ff.

⁴¹⁵ Vgl. dazu *Hruschka*, FS für Dreher, S. 199 f.; *Renzikowski*, Notstand, S. 275. Siehe so ähnlich auch *MK-Erb*, § 32 Rdn. 18.

⁴¹⁶ Vgl. *Hruschka*, Strafrecht, S. 137. Siehe auch *SK-Günther*, § 32 Rdn. 12.

⁴¹⁷ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 275. Danach sind diese bei der Bestimmung der Reichweite des gegenseitigen Achtungsanspruchs lokalisiert. Auf der metasprachlichen Normebene ist für die Verhältnismäßigkeitserwägungen kein Platz.

⁴¹⁸ Vgl. *von der Pfordten*, FS für Schreiber, S. 372.

bb) Zur Kritik der rein individualrechtlichen Konzeption

Die rein individualrechtliche Notwehrbegründung dürfte sich zwar zunehmender Beliebtheit in der Literatur erfreuen. Nicht zu übersehen ist aber auch, dass in Deutschland viele berechtigte Einwände gegen sie erhoben werden. Die Argumente der rein individualrechtlichen Notwehrbegründung können eigentlich die „Schneidigkeit“ des Notwehrrechts im Vergleich zu anderen Rechtfertigungsgründen – wie z.B. § 34 StGB, § 127 StPO sowie §§ 228, 904 BGB – nicht überzeugend begründen. Denn selbst wenn man davon ausgehen darf,⁴¹⁹ dass das Interesse des Angreifers erheblich abgewertet und daher als weit weniger schutzbedürftig sowie schutzwürdig angesehen werden muss,⁴²⁰ kann dies jedenfalls nicht allein durch die Situation des Angegriffenen oder die Herkunft des Angriffs, sondern nur mit Rücksicht auf die Rechtsbewahrung untermauert werden, was gerade unter dem Aspekt der überindividuellen Rechtsordnung zu ermitteln ist.⁴²¹

So vermag etwa die Betonung der Handlungsfreiheit und des Persönlichkeitsrechts nicht zu überzeugen. Diese Meinung verkennt den Charakter der allgemeinen Handlungsfreiheit als „subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte“.⁴²² Da durch einen rechtswidrigen Angriff prinzipiell andere Grundrechte des Verteidigers – wie beispielsweise das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Eigentum – betroffen sind, kommt die allgemeine Handlungsfreiheit wegen ihrer Subsidiarität⁴²³ nicht mehr in Betracht. Jedenfalls ist es äußerst zweifelhaft, ob der individuellen Handlungsfreiheit oder dem Persönlichkeitsrecht tatsächlich ein so hoher Wert zukommt, dass daraus ein grundsätzliches Übergewicht zugunsten der Güter des Angegriffenen resultiert, selbst wenn die Verteidigung in das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Angreifers eingreift.⁴²⁴ Auch die Heranziehung der Bedrängnissituation hilft nicht. Denn einerseits kann die Bedrängnissituation bei der Notwehr nicht anders als bei dem Defensivnotstand sein.⁴²⁵ Andererseits besteht eine solche Bedrängnissituation bei dem Nothelfer meistens nicht, was aber auch nicht zur Einschränkung der Notwehrbefugnis des Nothelfers führen kann. Denn nach dem Wortlaut des § 32 StGB ist nicht zwischen Notwehr und Nothilfe zu differenzieren.

⁴¹⁹ Dass die Güter des Angegriffenen höher als die gleichrangigen Güter des Angreifers bewertet werden können, verneint *Schmidhäuser*, GA 1991, 104 f. Hingegen will *Roxin*, ZStW 93 (1981), 72 f. diese Möglichkeit vorbehalten.

⁴²⁰ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 1; *Frister*, GA 1988, 301 f.

⁴²¹ Vgl. *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 13; *Schönke/Schröder-Perron*, § 32 Rdn. 1a; *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 47; LK¹¹-*Spendel*, § 32 Rdn. 6.

⁴²² *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 2 Rdn. 1.

⁴²³ Vgl. BVerfGE 83, 182, 194; 89, 1, 13.

⁴²⁴ Vgl. *Engländer*, Nothilfe, S. 49.

⁴²⁵ Vgl. *Frister*, GA 1988, 300; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 17.

Ebenso wenig liefert der Verweis auf die Vermeidbarkeit der Güterverletzung oder die Verantwortlichkeit des Angreifers eine Legitimation für die weitgehende Notwehrbefugnis. Denn dieselben Voraussetzungen liegen ebenfalls bei dem Defensivnotstand sowie der Selbsthilfe vor, begründen jedoch kein so schneidiges Abwehrrecht wie das Notwehrrecht.⁴²⁶ Auch bei der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO braucht der Festzunehmende nur seine Flucht aufzugeben, um die seine körperliche Unversehrtheit beeinträchtigenden Maßnahmen des Festzunehmenden abzuwenden. Dennoch wird das Festnahmerecht durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip streng begrenzt.⁴²⁷

Durch das Argument der Risikoubernahme kann ebenfalls nicht erklärt werden, warum der Schutzwert der Güter des Angreifers bei der Notwehr so erheblich herabgesetzt werden muss, dass hier immer den Interessen des Angegriffenen der Vorrang gebührt. Denn gerade bei den Notstandsvorschriften der §§ 228, 904 BGB und § 34 StGB schließt die verschuldete Herbeiführung der Gefahrenlage die Berufung des Notstandstäters auf den rechtfertigenden Notstand nicht prinzipiell aus.⁴²⁸ Nach einem Teil der Literatur soll die schuldhaftige Herbeiführung der Notstandslage sogar in der Interessenabwägung keine Bedeutung haben.⁴²⁹ Einige andere Autoren behagen in solchen Fällen zwar die geminderte Schutzwürdigkeit des Erhaltungsguts. Danach soll aber selbst eine absichtliche Notstandsprovokation das Notstandsrecht nicht ohne Weiteres ausschließen können.⁴³⁰ Schließlich lässt sich bei der Notwehr eine Selbstbeschädigung oder sogar Selbsttötung des Angreifers in mittelbarer Täterschaft nur schwer begründen. Denn Tatherrschaft bedeutet das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs.⁴³¹ Dementsprechend setzt die mittelbare Täterschaft auch den Tatherrschaftswillen des Hintermannes voraus,⁴³² welcher aber gerade beim Angreifer fehlt, weil dieser mit dem Angriff allein auf die Verletzung des Angegriffenen, nicht jedoch auf eine eigene Verletzung abzielt.

Gegen die Argumente der besonderen Beziehung zwischen dem Verteidiger und dem Angreifer und den naturrechtlichen Charakter der Notwehr wird vor allem eingewendet, dass sich damit nicht erklären lässt, warum der Verteidiger bei der Notwehr dennoch die rechtlichen Grenzen, wie etwa die Erforderlichkeit der Verteidigung, nicht überschreiten darf, selbst wenn seine Regelbefolgungspflicht suspendiert ist, bzw. wenn er sich im Naturzustand befindet.⁴³³ Daher soll vielmehr

⁴²⁶ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 1a.

⁴²⁷ Vgl. van Rienen, Einschränkungen, S. 95.

⁴²⁸ Vgl. nur Rengier, AT, § 19 Rdn. 36; Roxin, AT I, § 16 Rdn. 60 ff.

⁴²⁹ Vgl. Renzikowski, Notstand, S. 54 ff.; Meißner, Interessenabwägungsformel, S. 252 f.

⁴³⁰ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 42.

⁴³¹ Vgl. nur Rengier, AT, § 41 Rdn. 11.

⁴³² Vgl. nur Wessels/Beulke, AT, Rdn. 535.

⁴³³ Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rdn. 72; van Rienen, Einschränkungen, S. 88.

davon ausgegangen werden, dass der Angriff auf ein rechtlich geschütztes Interesse nicht zur Folge hat, dass der Rechtszustand endet und der Angreifer „vogelfrei“ oder „friedlos“ wird.⁴³⁴ Hinzu kommt, dass nach dieser Begründung das Notwehrrecht selbst dann nicht eingeschränkt werden darf, wenn die Folgen der Abwehr in krassem Missverhältnis zum drohenden Schaden stehen.⁴³⁵ Daher vermag sie zumindest diese klassische Fallgruppe der sozialetischen Einschränkungen der Notwehr nicht befriedigend zu erklären.

Zudem lässt sich die Nothilfebefugnis nur schwer mit dem Ansatz des Koordinationsverhältnisses begründen. Wäre das Notwehrrecht allein aus dem gegenseitigen Verhältnis zwischen dem Angreifer und dem Angegriffenen abzuleiten, könnte kaum erklärt werden, warum einem Dritten, der sich außerhalb dieses Verhältnisses befindet, auch die Nothilfebefugnis zustehen soll.⁴³⁶ Der Angriff stört nämlich das Koordinationsverhältnis bzw. die Gleichordnung zwischen dem Angreifer und dem Nothelfer nicht, weshalb die Regelbefolgungspflicht des Nothelfers nach diesem Ansatz eigentlich nicht suspendiert werden kann.⁴³⁷ Schließlich verlangen die Vertreter dieses Ansatzes zur Begründung der Notwehrlage häufig einen vorsätzlichen und schuldhaften Angriff, denn nur so kann dem Angreifer die Koordinationsverweigerung zugerechnet werden.⁴³⁸ Diese Konsequenz läuft aber der h.M. in Deutschland zuwider, nach der die Notwehr weder einen vorsätzlichen noch einen schuldhaften Angriff voraussetzt.⁴³⁹

b) Die rein überindividualistische Notwehrbegründung

aa) Die Grundthese

Die rein überindividualistische Notwehrbegründung, die heute in Deutschland kaum noch vertreten wird, sieht das Wesen der Notwehr lediglich in der Rechtsbewahrung. Diese Begründung greift auf das Prinzip „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ zurück⁴⁴⁰ und versucht, die schneidigen Notwehrbefugnisse allein durch die Verteidigung der Rechtsordnung zu erklären. Der Schutz der Rechtsgüter des angegriffenen Individuums fällt hingegen bei der Notwehrbegründung nicht ins Gewicht. So hat z.B. *Schmidhäuser* argumentiert, dass der Notwehreingriff in die Güter des Angreifers deshalb gerechtfertigt sei, weil das Interesse der Gesellschaft am Ausbleiben von Rechtsbrüchen unbegrenzt sei und daher im

⁴³⁴ Vgl. *Wohlers*, JZ 1999, 436 f.

⁴³⁵ Vgl. so *Renzikowski*, Notstand, S. 312.

⁴³⁶ Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1991, 115.

⁴³⁷ Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rdn. 72.

⁴³⁸ Vgl. *Hruschka*, FS für Dreher, S. 202; *Renzikowski*, Notstand, S. 279 ff.

⁴³⁹ Vgl. nur Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 24; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 327.

⁴⁴⁰ Vgl. *Schmidhäuser*, FS für Honig, S. 186.

Fall eines grob rechtsmissachtenden Angriffs die „Selbstbehauptung des Rechts“ den Vorrang vor den Gütern des Angreifers habe.⁴⁴¹ Die Notwehrbefugnis sei somit als ursprüngliche Jedermannbefugnis im Sinne der Rechtsverteidigung anzusehen.⁴⁴² Die Notwehr diene ihrem Gehalt nach nicht der Schadensverhütung als solcher, sondern der Selbstbehauptung des Rechts als einer bestimmenden geistigen Macht.⁴⁴³

Auch nach *Bitzilekis* dient Notwehr lediglich der Erhaltung und Bewahrung der Rechtsordnung bzw. der Verteidigung ihrer normativen Geltung. Die Notwehr sei durch die Übertragung der Befugnis zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs auf den Einzelnen gekennzeichnet und stelle ein Mittel zum Schutz der Rechtsordnung durch den Einzelnen dar.⁴⁴⁴ Obwohl das Strafrecht die Funktion besitze, Rechtsgüter zu schützen, könne es aber diese Funktion nur dadurch erfüllen, dass es Rechtsgüter vor durch menschliches Verhalten verursachten Gefahren schütze. Der Rechtsgüterschutz sei somit schließlich nur als ein Teil der Bewahrung der Rechtsordnung anzusehen.⁴⁴⁵

Nach der rein überindividualistischen Notwehrbegründung ist der Angegriffene nicht verpflichtet, dem Angriff auszuweichen. Ebenso wenig ist der Verteidiger verpflichtet, die Güter des Angegriffenen und des Angreifers gegeneinander abzuwägen.⁴⁴⁶ Darüber hinaus darf danach das Notwehrrecht auch bei einem krassen Missverhältnis nicht eingeschränkt werden.⁴⁴⁷ Zudem sollten nicht nur individuelle Rechtsgüter, sondern auch Rechtsgüter der Allgemeinheit notwehrfähig sein.⁴⁴⁸ Auch die Nothilfe ist unabhängig vom Willen des Angegriffenen zulässig.⁴⁴⁹

bb) Zur Kritik der rein überindividualistischen Konzeption

Die rein überindividualistische Notwehrbegründung wird in der Literatur heftig kritisiert. Dagegen wird vor allem eingewendet, dass sie den Sinn der Notwehr verfehlt. Das Fundament der Notwehr bildet vielmehr der Individualschutz.⁴⁵⁰ Denn die Notwehr findet immer nur zum Schutz von Individualrechtsgütern Anwendung, hingegen nicht zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der Rechtsordnung selbst. In der Tat hat auch der Gesetzgeber mit dem Merkmal des Angriffs die

⁴⁴¹ Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1991, 121 f.

⁴⁴² Ebenda, 124.

⁴⁴³ Ebenda, 136.

⁴⁴⁴ Vgl. *Bitzilekis*, Einschränkung, S. 53 ff., 58 f.

⁴⁴⁵ Ebenda, S. 57, 61.

⁴⁴⁶ Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1991, 134.

⁴⁴⁷ Ebenda, 134 ff.; *ders.*, AT, 6/75.

⁴⁴⁸ Vgl. *Schmidhäuser*, AT, 6/56, 6/80; *Bitzilekis*, Einschränkung, S. 68.

⁴⁴⁹ Vgl. *Schmidhäuser*, AT, 6/80; *Bitzilekis*, Einschränkung, S. 72.

⁴⁵⁰ Vgl. *Roxin*, ZStW 93 (1981), 76; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 11.

Notwehrbefugnisse davon abhängig gemacht, dass die Gefährdung eines Individualrechtsguts tatsächlich eintritt. Denn nach § 32 StGB bedeutet Notwehr, einen Angriff „von sich oder einem anderen“, also von einem Individuum, abzuwenden. Von einer Verteidigung der Rechtsordnung ist hingegen in § 32 StGB keine Rede. Dieser Wortlaut spricht vielmehr gegen eine teleologische Ausrichtung der Norm an der Verteidigung der Rechtsordnung.⁴⁵¹ Ginge es bei der Notwehr allein um die Bewahrung der Rechtsordnung, sollten auch nur abstrakt-gefährliche Beeinträchtigungen bzw. Bedrohungen von Universalrechtsgütern eine Notwehrlage auslösen können.⁴⁵²

Auch die Forderung, dass ein „gegenwärtiger“ Angriff nach § 32 StGB vorliegen muss, zeigt, dass der Individualschutz bei der Notwehrbegründung eine Rolle spielt. Mit der Rechtsbewahrung ist eine solche Einschränkung der Notwehr nicht zu vereinbaren: Da die Rechtsordnung – wie die Strafbarkeit der Verabredung eines Verbrechens nach § 30 StGB zeigt – bereits im Vorbereitungsstadium bedroht wird, sollte nach der rein überindividualistischen Konzeption die Notwehrhandlung schon zu diesem Zeitpunkt erlaubt sein, wenn auch hier noch kein Angriff unmittelbar bevorsteht.⁴⁵³ Des Weiteren ist auch darauf zu achten, dass Notwehr gegen einen untauglichen Versuch gerade wegen der fehlenden Notwendigkeit des Individualschutzes unzulässig ist.⁴⁵⁴ Aus diesen Gründen trifft es nicht zu, den Individualschutz nur als bloßen Reflex oder Bestandteil der Verteidigung der Rechtsordnung anzusehen. Insofern soll eher umgekehrt gelten: „Das Allgemeininteresse an der Wahrung der Rechtsordnung tritt also allein durch das Medium des Einzelrechtsschutzes in Erscheinung.“⁴⁵⁵ Dies verkennt aber die rein überindividualistische Notwehrbegründung.⁴⁵⁶

Darüber hinaus wird der rein überindividualistischen Notwehrbegründung entgegengehalten, dass sich jeder Bürger zum Hilfspolizisten aufschwingen und das staatliche Gewaltmonopol außer Kraft setzen könnte, wenn Rechtsgüter der Allgemeinheit notwehrfähig wären.⁴⁵⁷ Zudem ist es auch nicht verständlich, wie die „normative“ Geltung der Rechtsordnung überhaupt durch Notwehr verteidigt werden kann. Denn selbst wenn eine Rechtsnorm von niemandem beachtet wird, gilt sie immer noch normativ, solange sie nicht nach dem gesetzlichen Verfahren aufgehoben wird.⁴⁵⁸

⁴⁵¹ Vgl. *van Rienen*, Einschränkungen, S. 108.

⁴⁵² Vgl. *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rdn. 67.

⁴⁵³ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 103.

⁴⁵⁴ Vgl. *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 1, 9.

⁴⁵⁵ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 337.

⁴⁵⁶ Vgl. *SK-Günther*, § 32 Rdn. 13.

⁴⁵⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 1.

⁴⁵⁸ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 87.

c) Die dualistische Notwehrlehre

Da weder die rein individualrechtliche noch die rein überindividualistische Notwehrbegründung befriedigend ist, gehen heute sowohl die h.L.⁴⁵⁹ als auch die Rechtsprechung⁴⁶⁰ in Deutschland von einer dualistischen Notwehrlehre⁴⁶¹ aus, nach der das Notwehrrecht von zwei in demselben Rang stehenden Grundgedanken geprägt ist: dem Individualschutz und der Rechtsbewährung.⁴⁶² Das Wesen des Notwehrrechts setzt sich also aus einer Kombination von Individualschutz und Rechtsbewährung zusammen.⁴⁶³ Danach verteidigt der Notwehr Übende nicht nur das konkret angegriffene Rechtsgut, sondern auch gleichzeitig das „Recht“ als solches, indem er Widerstand gegen das Unrecht leistet, wenn der Staat situationsbedingt nicht dazu in der Lage ist.⁴⁶⁴ Die Verteidigungshandlung dient also auch „der Erhaltung und Bewahrung der Rechtsordnung im Ganzen“.⁴⁶⁵

Nach der dualistischen Notwehrlehre führt erst dieses Zusammenspiel des individualrechtlichen und überindividualistischen Gedankens zu der schneidigen Notwehrbefugnis. Der Verzicht auf eine individuelle Güterproportionalität lässt sich dadurch begründen, dass durch die Notwehrhandlung neben den individuellen Gütern des Angegriffenen auch die Rechtsordnung verteidigt wird.

„Der in der Verletzung der Güter des Angreifers liegende Unwert wird also nicht nur dadurch ausgeglichen, dass der Verteidiger Individualgüter schützt, sondern auch dadurch, dass er für die Geltung der Rechtsordnung eintritt.“⁴⁶⁶

Unter Rücksicht auf die Rechtsbewährung dürfen somit durch die Notwehr höhere individuelle Güter verletzt als verteidigt werden. Auch das Fehlen der Ausweichpflicht des Verteidigers ist auf den Schutz der Rechtsordnung zurückzuführen. Denn das Nutzen einer Ausweichmöglichkeit kann zwar die Rechtsgüter des Angegriffenen häufig ebenso effektiv oder sogar besser schützen.⁴⁶⁷ Es würde aber auch die Infragestellung der Rechtsordnung durch den Angreifer unvermindert weiter bestehen lassen⁴⁶⁸ und somit nichts anderes bedeuten, als dass der Angegriffene

⁴⁵⁹ Statt vieler *Lackner/Kühl*, StGB, § 32 Rdn. 1; *Fischer*, StGB, § 32 Rdn. 2; *Otto*, AT, § 8 Rdn. 17; *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 1. Siehe *van Rienen*, Einschränkungen, S. 60 Fn. 286 m.w.N.

⁴⁶⁰ Vgl. BGHSt 24, 356, 359; 48, 207, 212.

⁴⁶¹ Jedoch oft mit verschiedenen Bezeichnungen. Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 1a: „Zwei-Elemente-Theorie“.

⁴⁶² Nach *Roxin*, ZStW 93 (1981), 73 ff. sollte hier auch die Präventionserwägung miteinbezogen werden, dass das Schutzprinzip der Spezialprävention und das Rechtsbewährungsprinzip der Generalprävention dient.

⁴⁶³ Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 147.

⁴⁶⁴ Vgl. *Fahl*, Jura 2007, 746; *Roxin*, ZStW 93 (1981), 70; *Jahn*, Staatsnotstand, S. 306.

⁴⁶⁵ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 1.

⁴⁶⁶ *Gropp*, AT, § 6 Rdn. 80.

⁴⁶⁷ Vgl. *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 12.

⁴⁶⁸ Vgl. *Kasiske*, Jura 2004, 835.

und auch die Rechtsordnung „vor dem Unrecht kapitulieren“.⁴⁶⁹ Eine Ausweichpflicht widerspricht daher der Rechtsbewährungsfunktion des Notwehrrechts.⁴⁷⁰ Insofern muss das Prinzip gelten, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.⁴⁷¹

Zugleich trägt auch die dualistische Notwehrlehre zur Begründung der sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts Wesentliches bei. Danach ist eine unter krassem Missverhältnis geübte Verteidigungshandlung weder mit dem Schutzprinzip noch mit dem Rechtsbewährungsgedanken zu vereinbaren.⁴⁷² Obwohl auch ein geringfügiger Angriff individuelle Interessen des Opfers tangiert und die Geltung der Rechtsordnung infrage stellt, kommt bei Fällen „krassen Missverhältnisses“ aber nur ein schwach ausgeprägtes Selbstschutzinteresse in Betracht.⁴⁷³ Insbesondere spricht das Rechtsbewährungsprinzip für eine Einschränkung des Notwehrrechts in solchen Fällen. Denn gerade die Rechtsordnung will auch das Recht nicht mit Mitteln verteidigen, die im Hinblick auf das in dem Angriff liegende Unrecht nach verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben eindeutig unverhältnismäßig sind.⁴⁷⁴ Die Wertentscheidung des Grundgesetzes verbietet es, die Tötung des Angreifers bei unerheblichem Sachgüterangriff als erlaubte Notwehr zu bewerten: Bei einer solchen Verteidigung bewährt sich die Rechtsordnung nicht, sondern sie wird pervertiert.⁴⁷⁵

Die Ausweichpflicht des Angegriffenen beim Angriff von Schuldlosen lässt sich auch so erklären, dass die Rechtsordnung unter diesem Umstand nicht bewährt werden muss.⁴⁷⁶ Denn wenn dem Angreifer der normative Sinn seines Handelns nicht bewusst ist, ist der Rechtsfrieden nicht verletzt und braucht auch nicht wieder hergestellt zu werden. Daher fehlt in diesen Fällen das Rechtsbewährungsinteresse des Angegriffenen oder es ist zumindest in geringerem Maße betroffen.⁴⁷⁷ Da aber das Selbstschutzinteresse auch in diesen Fällen unvermindert besteht, darf andererseits der Angegriffene nach der Dreistufentheorie unter Umständen doch Maßnahmen zum Schutz seiner Güter ergreifen.⁴⁷⁸

Ähnliches gilt bei der Notwehr gegen einen von dem Angegriffenen provozierten Angriff. Da hier der Angegriffene selbst durch ein ihm von Rechts wegen vorwerfbares Verhalten zu der für ihn entstandenen Notlage beigetragen hat, kommt das

⁴⁶⁹ Vgl. *Hinz*, JR 1993, 356. Siehe auch *Lenckner*, GA 1961, 309.

⁴⁷⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1986, 1360.

⁴⁷¹ Vgl. nur *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 12.

⁴⁷² Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 343.

⁴⁷³ Vgl. *Kasiske*, Jura 2004, 837; *Kühl*, AT, § 7 Rdn. 181.

⁴⁷⁴ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 50.

⁴⁷⁵ Vgl. *Krey*, JZ 1979, 714.

⁴⁷⁶ Vgl. *Fahl*, Jura 2007, 746.

⁴⁷⁷ Vgl. BayObLG NStZ-RR 1999, 9.

⁴⁷⁸ Vgl. *Kasiske*, Jura 2004, 836.

Allgemeininteresse an der Rechtsbewährung weniger nachdrücklich zur Geltung.⁴⁷⁹ Daher muss die Notwehrbefugnis des Angegriffenen auch nach der Dreistufentheorie eingeschränkt werden.

5. Menschenwürdegarantie als Einschränkung des Notwehrrechts

Fraglich ist, ob und wie eine neue Fallgruppe anhand der dualistischen Notwehrlehre in die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr einbezogen werden kann. Im Fall der Rettungsfolter wären verfassungsrechtliche Gedanken relevant. Das Grundgesetz als geschriebene Verfassung steht an der Spitze der Hierarchie der Rechtsnormen in Deutschland, auf dieses müssen sich alle anderen Rechtsnormen zurückführen lassen.⁴⁸⁰ Daher besteht die Möglichkeit, das Notwehrrecht basierend auf dem Rechtsbewährungsprinzip⁴⁸¹ mithilfe der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen einzuschränken. Denn die Rechtsordnung kann nur ein solches Verhalten verteidigen, das im Einklang mit der durch die Verfassung konstituierten objektiven Werteordnung steht.⁴⁸² Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Notwehr Übende in vollem Umfang an die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen gebunden sein muss, sonst müsste der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch bei der von Privatpersonen geübten Notwehr durchgesetzt werden, was gerade der Kombination von Schutzprinzip und Rechtsbewährungsprinzip nach der Notwehrlehre entgegenläuft.

Auf die Schwierigkeit der Bestimmung, wie weit die Anbindung an das Verfassungsrecht bei der Notwehr gehen soll,⁴⁸³ muss hier nicht eingegangen werden. Festzuhalten ist aber, dass die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG jedenfalls als Einschränkung des Notwehrrechts gelten muss,⁴⁸⁴ weil die Menschenwür-

⁴⁷⁹ Vgl. BGHSt 24, 356, 359.

⁴⁸⁰ Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 5 Rdn. 4, 9.

⁴⁸¹ Zur möglichen Verknüpfung mit dem Individualschutzprinzip siehe *Perron*, FS für Weber, S. 153 f.

⁴⁸² Vgl. *Norouzi*, JA 2005, 309.

⁴⁸³ Für eine allgemeine Einschränkung der Notwehr wegen Verstoßes gegen übergeordnete Verfassungs- und Rechtsgrundsätze oder Grundrechte siehe etwa *Perron*, FS für Weber, S. 154; *Kudlich*, JuS 2005, 379 Fn. 10; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 203. Für die restriktive verfassungskonforme Auslegung, dass nur die Würde des Menschen und nicht auch andere Grundrechte das Notwehrrecht einschränken, spricht wohl die Parallele im Strafprozessrecht: Die von Privatpersonen durch Verletzung der Menschenwürde anderer erhobenen Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (dazu BGHSt 44, 129), während die in anderer rechtswidriger Art und Weise erlangten Beweise grundsätzlich verwertbar sind (*Beulke*, Strafprozessrecht, Rdn. 478 f.; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 128 Fn. 159).

⁴⁸⁴ So ausdrücklich schon *Roxin*, AT I, § 15 Rdn. 106. Vgl. auch *Ellbogen*, Jura 2005, 341; *Jeßberger*, Jura 2003, 713 f.; LK-Rönnau, Vor § 32 Rdn. 259; *Gropp*, AT, § 6 Rdn. 87a; *Perron*, FS für Weber, S. 152 ff.; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 48 f.; *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 75; *Norouzi*, JA 2005, 310; LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 693. Hingegen würde *Herzberg*, JZ 2005, 322 ff. dies genau umgekehrt sehen, denn nach seiner

de als tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert⁴⁸⁵ besonders bei der ganzen Rechtsordnung ins Gewicht fällt.⁴⁸⁶ Das besondere Wesen der Menschenwürdegarantie als Fundament der Verfassungsordnung zeigt sich nicht nur durch die Bezeichnung als „unantastbar“ in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und die Ewigkeitsgarantie von Art. 79 Abs. 3 GG, sondern auch in ihrer nicht auf den Staat beschränkten Allgemeinverbindlichkeit.⁴⁸⁷ Nicht nur der Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen, auch Privatpersonen ist es wegen der sich aus der Schutzpflicht des Staates sowie der Unantastbarkeitsformel in Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde⁴⁸⁸ verboten, die Menschenwürde anderer zu beeinträchtigen.⁴⁸⁹ Dies wird in der Formulierung des BVerfG deutlich:

„Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich [...] die Menschenwürde des anderen respektieren.“⁴⁹⁰

E. Rettungsfolter als Verletzung der Menschenwürde

Die Anerkennung der Menschenwürdegarantie als Einschränkung des Notwehrrechts spitzt sich zwangsläufig auf die Frage zu, ob die Rettungsfolter als Verletzung der Menschenwürde des gefolterten Entführers zu qualifizieren ist und daher aus dem Anwendungsbereich der Notwehr ausscheidet. Insofern sind die relevanten verfassungsrechtlichen Probleme eingehend zu erörtern.

Ansicht hängt die Menschenwürdeverletzung gerade vom Befund des Strafrechts ab. Man könne daher nicht sagen „keine Rechtfertigung, weil Menschenwürdeverletzung“, sondern höchstens „keine Menschenwürdeverletzung, weil gerechtfertigt“. Diese Meinung vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil dadurch die Menschenwürde zum akzessorischen Anhängsel des Strafrechts herabgestuft und der Vorrang der Verfassung missachtet wird.

⁴⁸⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32, 36; 45, 187, 227; 72, 105, 115; 109, 279, 311.

⁴⁸⁶ Gegen die Berufung auf die Menschenwürde als neues Kriterium für eine sozioethische Notwehrein-schränkung jedoch *Kühl*, FS für Seebock, S. 75 f.; *ders.*, FS für Otto, S. 76 f.

⁴⁸⁷ Vgl. *Dreier-Dreier*, Art. 1 I Rn. 137.

⁴⁸⁸ Zur unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürdegarantie, vgl. statt vieler *Zippe-lius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 18 Rdn. 17 ff., § 21 Rdn. 47 f.; *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 41; *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 1 Rdn. 4, 51; *Maunz/Dürig-Herdeggen*, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 74. Dagegen allerdings *Sachs-Höfling*, Art. 1 Rdn. 111; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 93 f.

⁴⁸⁹ Vgl. *Hecker*, KJ 2003, 213 f. Fn. 19. Im Ergebnis auch *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 127 f., der die Verbindlichkeit der Menschenwürdegarantie gegen Privatpersonen ausschließlich mit der Schutzpflicht des Staates begründet.

⁴⁹⁰ BVerfGE 24, 119, 144.

1. Die herrschende Meinung in Deutschland

Nach h.M. in Deutschland stellt die Rettungsfolter eine Verletzung der Menschenwürde des Entführers dar. Denn selbst dem Entführer darf die Menschenwürdegarantie nicht abgesprochen werden. Dementsprechend ist die Rettungsfolter als Eingriff in die Würde des Entführers anzusehen. Aufgrund der Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde lässt sich dieser Eingriff auch verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

a) Schutzbereich der Menschenwürde

aa) Zum Begriff der Menschenwürde

Der Schutzbereich bzw. die Definition der Menschenwürde ist trotz aller Bemühungen der Verfassungsrechtler bis zu heute leider noch nicht klar.⁴⁹¹ Nach der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung vertretenen, an *Kants* Instrumentalisierungsverbot angelehnten „Objektformel“⁴⁹² liegt eine Verletzung der Menschenwürde vor, wenn der „konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.⁴⁹³ Daneben sind in der Literatur auch viele andere Bestimmungsversuche zu finden, den Menschenwürdebegriff positiv zu definieren. Ins Feld zu führen sind beispielsweise die Wert- oder Mitgifttheorien,⁴⁹⁴ die unter Menschenwürde das Selbstsein eines jeden Menschen sowie seinen gottgegebenen oder aus einer Vernunftnatur folgenden überragenden Wert verstehen; die Leistungstheorien,⁴⁹⁵ die die Bedeutung der Selbstbestimmung und Selbstentfaltung betonen und besagen, dass ein Mensch im Prozess der Identitätsbildung und Selbstfindung die Würde erst erhalten und erfahren kann; sowie die Kommunikationstheorie,⁴⁹⁶ der zufolge der Mensch als Gattungswesen und aus Kommunikation mit anderen Menschen Würde hat.

Obwohl die Objektformel wegen ihrer Vagheit vielfältige Kritik erfahren hat,⁴⁹⁷ gilt sie als das heute dominierende Verständnis von Art. 1 Abs. 1 GG in Deutschland, denn eine positive Begründung der Menschenwürde ist den oben erwähnten

⁴⁹¹ Zum Streit über die Definition der Menschenwürde siehe Dreier-Dreier, Art. 1 I Rdn. 50 ff.; Maunz/Dürig-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 33 ff.; Vitzthum, JZ 1985, 202 ff.; Lindner, DÖV 2006, 581 f.; Weilert, Folterverbot, S. 128 ff.

⁴⁹² Vgl. statt vieler BVerfGE 27, 1, 6; 45, 187, 228; 96, 375, 399; 109, 279, 311 f.

⁴⁹³ Dürig, AöR 1956, 127.

⁴⁹⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 1 Rdn. 5 ff. Zum Gedanken der christlichen Überlieferung als Grundlage der verfassungsrechtlichen Interpretation siehe auch Dürig, JR 1952, 260 f.

⁴⁹⁵ Vgl. Luhmann, Grundrechte, S. 68 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. H. Hofmann, AöR 1993, 364 ff.; Giese, Würde-Konzept, S. 73 f.

⁴⁹⁷ So wird sie oft als Leerformel oder leere Hülse bezeichnet, siehe z.B. Herdegen, JZ 2001, 775.

Theorien noch nicht überzeugend gelungen.⁴⁹⁸ Allerdings bedeutet die Objektformel nicht, dass jede Objekt- oder Adressatenstellung des Menschen in gesellschaftlichen Verhältnissen und in der Abhängigkeitsbeziehung zum Staat ohne Weiteres als Verletzung der Menschenwürde anzusehen ist.⁴⁹⁹ Vorausgesetzt wird vielmehr eine Anknüpfung der Objektformel an einen Subjektbegriff.⁵⁰⁰ Die Menschenwürde wird also erst betroffen, wenn die Subjektqualität sowie der Status als Rechtsobjekt eines Menschen prinzipiell infrage gestellt werden,⁵⁰¹ nämlich wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt „die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt“.⁵⁰² Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist jedoch nur im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren.⁵⁰³

bb) Verwirkung der Menschenwürde

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass der Entführer durch sein Vorverhalten (hier: Entführung des Opfers) den Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde bereits verloren habe.⁵⁰⁴ Diese Ansicht lässt sich auf den Gedanken der Verwirkungsregel zurückführen, „dass der Träger unantastbarer Würde nur ein Individuum sein kann, dessen personale Existenz die Grundwerte staatlicher Ordnung achtet“. Dementsprechend könnte die Preisgabe der Grundwerte, je nach Schwere des Rechtsbruchs, die Unantastbarkeit der Würde abbauen und in Extremfällen den Würdeanspruch sogar zerstören.⁵⁰⁵

Eine solche Einschränkung des Schutzbereichs der Menschenwürde lehnt allerdings die h.M. in Deutschland ab. Nach den Entscheidungen des BVerfG darf vielmehr selbst dem Straftäter die Menschenwürdegarantie nicht abgesprochen werden.⁵⁰⁶ Die so behauptete Verwirkbarkeit der Menschenwürde verkennt erstens, dass die Würde des Menschen „kognitiv voraussetzungslos“ und „askriptiv“⁵⁰⁷ ist: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“⁵⁰⁸ Jeder

⁴⁹⁸ Zu den Mängeln der Mitgift-, Leistungs- und Kommunikationstheorie siehe z.B. *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 5 ff.

⁴⁹⁹ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 31; *Sachs-Sachs*, Art. 1 Rdn. 15.

⁵⁰⁰ Vgl. *Sachs-Sachs*, Art. 1 Rdn. 15. Vgl. auch *Kersten*, NVwZ 2005, 662 f.

⁵⁰¹ Vgl. BVerfGE 30, 1, 26; 87, 209, 228; 96, 375, 399.

⁵⁰² BVerfGE 115, 118, 153. Ähnliche Formulierung in BVerfGE 109, 279, 312 f.

⁵⁰³ BVerfGE 30, 1, 25; 109, 279, 311; 115, 118, 153.

⁵⁰⁴ Vgl. so wohl *Otto*, JZ 2005, 481. Danach soll der Entführer nicht den Anspruch haben, dass ihm zur Preisgabe des Verstecks keinerlei Schmerz zugefügt wird, auch wenn er nicht rechtlos ist. Vgl. wohl ebenfalls *Gromes*, Präventionsfolter, S. 125 ff., 145 ff., 173 f.; *Trapp*, in: *Lenzen* (Hrsg.), *Folter*, S. 121 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. v. *Winterfeld*, NJW 1972, 1883.

⁵⁰⁶ Vgl. BVerfG NJW 2006, 1581; BVerfGE 72, 105, 115.

⁵⁰⁷ Vgl. *Brunkhorst*, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), *Folter*, S. 96.

⁵⁰⁸ BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.

Mensch besitzt also die Menschenwürde „ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status“.⁵⁰⁹ Auch durch „unwürdiges“ Verhalten geht die Würde nicht verloren.⁵¹⁰ Dem Entführer als Menschen darf somit seine Würde nicht entzogen werden. Zweitens übersieht diese Meinung, dass die Menschenwürde „nicht zur staatlichen Disposition gestellt werden darf“⁵¹¹ und der Staat zur Aufrechterhaltung seiner Legitimität der Tatsache Rechnung tragen muss, „dass die Bürger überhaupt einen Willen haben“.⁵¹² Aus denselben Gründen ist die These *Jakobs*’, dass nur der Straftäter noch als Person mit gleichen Rechten behandelt werden könne, der „die kognitive Mindestgarantie [...] für die Behandlung als Person“ erfülle,⁵¹³ nach h.M. ebenfalls zurückzuweisen.⁵¹⁴

b) Rettungsfolter als Eingriff in die Würde des Entführers

Was die Rettungsfolter angeht, ist es nach h.M. nicht besonders problematisch, sie als Eingriff in die Menschenwürde des Entführers anzusehen. Aus der oben aufgeführten Definition der Menschenwürde ergibt sich, dass ein Eingriff in die Würde anzunehmen ist, wenn durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich infrage gestellt wird, sodass dieser zum bloßen Objekt der Staatsgewalt gemacht wird.⁵¹⁵ Genauso ist es im hier interessierenden Rettungsfolterfall: Indem dem Entführer durch körperlichen Zwang unter erheblicher Schmerzzufügung eine Aussage abgepresst wird, die er selbst aus freien Stücken nicht gemacht hätte, wird aus einem zur Aussage rechtlich verpflichteten Subjekt ein bloßes Objekt staatlichen Zwangs.⁵¹⁶ Teilweise wird auch Folter an sich schon als Eingriff in die Menschenwürde betrachtet. Denn „Achtung und Schutz der Menschenwürde wehren Verletzungen der körperlichen und geistigen Integrität ab, die final auf die Zufügung von starkem Schmerz, auf dauerhaftes Leiden oder auf die Beeinträchtigung [...] der Steuerungsfähigkeit oder geistigen Leistungskraft zielen“.⁵¹⁷ Durch die Folter, die gerade durch die vorsätzliche Zufügung von großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden gekennzeichnet ist,⁵¹⁸ wird dem Betroffenen sein Achtungsanspruch als Mensch abgesprochen.⁵¹⁹

⁵⁰⁹ Vgl. BVerfGE 87, 209, 228.

⁵¹⁰ Vgl. BVerfGE 109, 133, 150; Jarass/Pieroth-*Jarass*, Art. 1 Rdn. 7.

⁵¹¹ Vgl. *Winkeler*, Bedingt abwehrbereit?, S. 134.

⁵¹² Vgl. *Greco*, GA 2007, 636.

⁵¹³ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 91 ff.

⁵¹⁴ Vgl. *Brunkhorst*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 93 ff.; *Bielefeldt*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 103 ff.

⁵¹⁵ Vgl. BVerfGE 96, 375, 399; 109, 279, 312 f.; 117, 71, 89.

⁵¹⁶ Vgl. *Epping/Hillgruber-Hillgruber*, Art. 1 Rdn. 44.

⁵¹⁷ *Maunz/Dürig-Herdeggen*, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 95.

⁵¹⁸ Somit scheidet die von *Hilgendorf*, JZ 2004, 338 ins Gespräch gebrachte Argumentation aus, dass die (angedrohte) Schmerzzufügung bei der Rettungsfolter unterhalb der

Im Ergebnis hat das BVerfG auch im „Daschner-Fall“ einen Eingriff in die Menschenwürde bejaht: Die „Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen“.⁵²⁰ Davon geht ebenfalls die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur⁵²¹ aus: Der Entführer wird durch die (Rettungs-)Folter „auf eine funktionelle Informationsquelle“,⁵²² „ein vom Körperschmerz bestimmtes (Auskunfts-)Objekt“⁵²³ oder ein „entpersönlichtes Objekt äußerer Fremdregie“⁵²⁴ reduziert; er wird dadurch zu einem „Bündel von Schmerzen“⁵²⁵ gemacht, „zur willkürlich benutzbaren Sache herabgewürdigt“,⁵²⁶ „im Kern seines Personseins zerstört“⁵²⁷ und verliert daher seine Subjektqualität;⁵²⁸ in der (Rettungs-)Folter liegt also eine „Instrumentalisierung des Körpers“⁵²⁹ und der Persönlichkeit⁵³⁰, durch die die personale Integrität des menschlichen Individuums (hier: des Entführers) negiert wird.⁵³¹

c) Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde

Ungeachtet des Dissenses, ob die Garantie der Menschenwürde Grundrechtscharakter besitzt⁵³² oder als Verfassungsprinzip⁵³³ zu verstehen ist, befürworten die

Schwelle einer Menschenwürdeverletzung liegen könne. Dass Zwangsandrohung als Eingriff in die Menschenwürde des Entführers anzusehen ist, bezweifelt auch *Eser*, FS für Hassemer, S. 716 ff.

⁵¹⁹ Vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 1 Rdn. 11.

⁵²⁰ BVerfG NJW 2005, 657.

⁵²¹ Vgl. statt vieler Sachs-Höfling, Art. 1 Rdn. 20; Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 1 Rdn. 19; Hufen, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 31; Sodan-Sodan, Art. 1 Rdn. 14. Eine eingehende Analyse mit Überlegungen in moralischer Hinsicht findet sich bei *Beestermöller*, in: *Beestermöller/Brunkhorst*, Folter, S. 123 ff.

⁵²² *Norouzi*, JA 2005, 309.

⁵²³ *Saliger*, ZStW 116 (2004), 47.

⁵²⁴ *Enders*, DÖV 2007, 1041.

⁵²⁵ *Roxin*, FS für Eser, S. 465.

⁵²⁶ *Bielefeldt*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 98.

⁵²⁷ NK³-Herzog, § 32 Rdn. 59.

⁵²⁸ *Welsch*, BayVBl. 2003, 483.

⁵²⁹ *Merten*, JR 2003, 406.

⁵³⁰ *Roxin*, FS für Eser, S. 464.

⁵³¹ *Gebauer*, NVwZ 2004, 1406.

⁵³² So ein Teil der Rechtsprechung und wohl auch die überwiegende Lehre. Vgl. BVerfGE 109, 133, 151; BVerfG NJW 2010, 507; Sachs-Höfling, Art. 1 Rdn. 5 ff.; *Kloepfer*, FS für BVerfG II, S. 86.

⁵³³ So ein anderer Teil der Rechtsprechung und einige Autoren. Vgl. etwa BVerfGE 109, 279, 311; *Dreier-Dreier*, Art. 1 I Rdn. 124 ff.; *Zuck*, NJW 2002, 869.

Rechtsprechung⁵³⁴ und h.L.⁵³⁵ deren Abwägungsfestigkeit. Danach unterliegt die Menschenwürdegarantie keinem Gesetzesvorbehalt oder anderen Beschränkungsmöglichkeiten. Sie ist jeder Abwägung mit anderen Werten – selbst mit denen von Verfassungsrang – entzogen, denn die Menschenwürde ist als „Wurzel aller Grundrechte“ auch „mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“.⁵³⁶

„Der staatliche Eingriff in den absolut geschützten Achtungsanspruch des Einzelnen auf Wahrung seiner Würde ist ungeachtet des Gewichts der betroffenen Verfassungsgüter stets verboten.“⁵³⁷

Daher darf einerseits schon bei der Feststellung des Schutzbereichs der Menschenwürde keine Abwägung mit gegenläufigen Interessen vorgenommen werden.⁵³⁸ Andererseits kann ein Eingriff in die Würde des Menschen auch niemals durch Berufung auf konfligierende Grundrechte Dritter oder sonstige verfassungskräftige Rechtspositionen gerechtfertigt werden.⁵³⁹ Der Gewährleistungsbereich des Art. 1 Abs. 1 GG ist also mit dessen Verletzungsgrenze identisch,⁵⁴⁰ jeder Eingriff in die Menschenwürde stellt zugleich eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Verletzung an ihr dar.⁵⁴¹ Diese Besonderheiten der Menschenwürdegarantie werden nach h.M. nicht nur durch die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG impliziert.⁵⁴² Sie kommen vor allem bereits wörtlich durch die von Art. 1 Abs. 1 GG erklärte „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde, in der sich die Menschenwürdegarantie sogar als Tabu manifestiert,⁵⁴³ sowie systematisch durch die „Ewigkeitgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG⁵⁴⁴ zum Vorschein. Hingegen ist die Gegenmeinung, die die Menschenwürdegarantie für abwägungsoffen und daher eine Rechtfertigung vom Eingriff in die Menschenwürde für möglich hält, durchaus „als abwegig zu bezeichnen“.⁵⁴⁵ Denn sie beschwört die Gefahr herauf, dass die

⁵³⁴ Vgl. BVerfGE 75, 369, 380; 93, 266, 293; 107, 275, 284; 109, 279, 313 ff.

⁵³⁵ Vgl. statt vieler Sachs-*Höfling*, Art. 1 Rdn. 11; Jarass-*Jarass*, Art. 1 Rdn. 16; *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 34; Sodan-*Sodan*, Art. 1 Rdn. 27; *Norouzi*, JA 2005, 309; *Ellbogen*, Jura 2005, 342; *Merten*, JR 2003, 407 f.; *Roxin*, FS für Eser, S. 466; *ders.*, FS für Nehm, S. 208 f.; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 47 f.; *Stübinger*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, S. 303 f.; *Welsch*, BayVBl. 2003, 484 f.; *Ziegler*, KritV 2004, 58 f. Mit möglicher Ausnahme im Fall von „Würde gegen Würde“ aber v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, Art. 1 Rdn. 34 f., 42, 61, 79; vgl. auch Dreier-*Dreier*, Art. 1 I Rdn. 131 ff.

⁵³⁶ BVerfGE 93, 266, 293.

⁵³⁷ BVerfGE 115, 320, 359.

⁵³⁸ Vgl. *Braun*, KritV 2005, 295.

⁵³⁹ Vgl. Dreier-*Dreier*, Art. 1 I Rdn. 132.

⁵⁴⁰ Vgl. *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 83.

⁵⁴¹ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rdn. 365; Sodan-*Sodan*, Art. 1 Rdn. 27.

⁵⁴² Vgl. *Braun*, KritV 2005, 295.

⁵⁴³ Dazu insb. *Poscher*, JZ 2004, 758 f.; *ders.*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), *Folter*, S. 79 f.

⁵⁴⁴ Vgl. v. Münch/Kunig-*Kunig*, Art. 1 Rdn. 26, 67.

⁵⁴⁵ Vgl. so Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 32 Rdn. 7d.

„Abwägungsprozesse der handelnden staatlichen Stellen normativ kaum gesteuert werden“⁵⁴⁶ könnten und die Menschenwürde gegen ihren „natürlichen, eingeborenen und unveräußerlichen“ Charakter einer „buchhalterisch-kaufmännischen Verwertung“⁵⁴⁷ zugänglich gemacht würde.⁵⁴⁸

Da – wie oben festgestellt – die Rettungsfolter nach h.M. einen Eingriff in die Menschenwürde des Entführers darstellt, ist sie somit auch zwangsläufig als Verletzung der Würde des Entführers zu bewerten. Diesem Ergebnis dürfen insbesondere die durch die Rettungsfolter gewährleisteten Interessen des Entführungsofopfers nicht entgegenstehen. Denn hier muss sich die Bewertung wegen der Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde ausschließlich nach dem Zustand des gefolterten Entführers richten; hingegen können die Interessen des entführten Kindes von vornherein nicht in Betracht kommen. Ebenso wenig relevant für die Beurteilung einer Menschenwürdeverletzung ist nach h.M. das Motiv des jeweiligen Eingriffs. Dass der folternde Polizeibeamte mit Rettungsabsicht handelt, hilft somit hier auch nicht weiter.⁵⁴⁹ Nach h.M. kann hier die Untersuchung schlicht zu Ende gebracht werden: Die Rettungsfolter verletzt die Menschenwürde des Entführers, widerspricht daher dem Rechtsbewährungsprinzip und scheidet somit wegen der sozial-ethischen Einschränkung als gebotene Notwehrhandlung aus.

2. Ansichten für die Abwägungsoffenheit der Menschenwürde

a) Meinungen in der Literatur

Obwohl die Thesen der h.M. teilweise sogar als Selbstverständlichkeit⁵⁵⁰ bezeichnet werden, lässt sich eigentlich die Diskussion um die Abwägungsoffenheit der Menschenwürde in der Literatur schon seit längerer Zeit nicht übersehen.⁵⁵¹ So vertritt z.B. *Schlehofer*, dass die „Unantastbarkeit“ als faktische zu verstehen ist. Der Begriff „unantastbar“ kann ihm zufolge nicht in einem rechtlichen Sinne verstanden werden, denn sonst läuft Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG mit der ihm explizit innewohnenden Achtungspflicht ins Leere. Übrigens bedeutet das Merkmal „achten“ nichts anderes als gebührende oder angemessene Behandlung, die erst „durch eine Abwägung der kollidierenden Werte und Interessen“ bestimmt werden kann.⁵⁵² Für eine Abwägungsoffenheit plädiert auch *Kloepfer*. Er weist darauf hin, dass die h.M.

⁵⁴⁶ *Ziegler*, KritV 2004, 58.

⁵⁴⁷ *Marx*, KJ 2004, 299.

⁵⁴⁸ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 115.

⁵⁴⁹ Vgl. *Kersten*, NVwZ 2005, 662; *Hecker*, KJ 2003, 213; *Jahn*, KritV 2004, 46. Teilweise wird dies durch die objektiven Formulierungen der Art. 104 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 12 Abs. 2 GG untermauert. Dazu vgl. *Guckelberger*, VBIBW 2004, 124.

⁵⁵⁰ Vgl. so *Quoirin*, DRiZ 2003, 114.

⁵⁵¹ Vgl. nur *Neuhaus*, GA 2004, 530 f.

⁵⁵² Vgl. *Schlehofer*, GA 1999, 359 ff.

zwangsläufig eine Tatbestandsbeschränkung der Menschenwürde zur Folge hat. Denn „nur bei einer engen Auslegung des Schutzbereichs kann in jedem Eingriff automatisch eine Verletzung des Menschenwürdegrundsatzes gesehen werden“. Die Verabsolutierung des Schutzes von Art. 1 Abs. 1 GG führt deshalb im Ergebnis zur Schutzreduktion.⁵⁵³ Um den Schutzbereich von Art. 1 Abs. 1 GG ausdehnen zu können, ist seine Beschränkbarkeit wiederum erforderlich:

„Je weiter aber der Schutzbereich der Menschenwürde ausgedehnt wird, umso mehr muss eine Abwägung zumindest mit anderen Werten von Verfassungsrang in Betracht gezogen werden. Beschränkungen sind dann zur Verfolgung gewichtiger verfassungslegitimer Zwecke und im Rahmen immanenter Schranken zulässig.“⁵⁵⁴

Nicht selten zu sehen ist noch *Herdegens* Ansicht, wonach dem Begriff „Menschenwürde“ eine „wertend-bilanzierende Konkretisierung“ immanent ist. Die gebotene Abwägung hat sich also nicht erst auf der internormativen Ebene (Kollision) zu vollziehen, sondern schon „normimmanent“ bei der Konkretisierung des Würdeanspruchs. Seiner Meinung nach ist eine Abschtichtung zwischen einem „Würdekern“ und einem „Begriffshof“ durchzuführen. Während die Verletzung der Menschenwürde im Bereich des Würdekerns „rein gegenständlich-modal durch die Art der Behandlung in Abstraktion von weiteren Umständen begründet“ werden kann, bildet der Begriffshof einen „peripheren, abwägungsoffenen Schutzbereich“, wo sich der Achtungsanspruch auf die Menschenwürde überhaupt erst aus einer bilanzierenden Gesamtwürdigung im Lichte einer Zweck-Mittel-Relation ergibt.⁵⁵⁵ Zudem wird teilweise auch Folgendes eingewendet: Da nach h.M. in den meisten Grundrechten ein Menschenwürdegehalt oder -kern steckt und selbst die vorbehaltlos ausgestalteten Grundrechte verfassungsimmanenten Schranken unterliegen, ist es nicht verständlich, warum bei Art. 1 GG anderes gelten soll.⁵⁵⁶ Neuerdings argumentiert auch *Teifke*, dass die Menschenwürde einen Doppelcharakter hat: Als Rechtsidee gilt sie absolut, in der Rechtswirklichkeit ist sie aber als ein Prinzip abwägungsfähig.⁵⁵⁷

b) Abwägungen in der Rechtsprechung

Übrigens lässt sich auch zahlreichen Entscheidungen des BVerfG und des BGH ein Abwägungsvorgang zur Bestimmung der Menschenwürdegarantie entnehmen. So hat das BVerfG zwar in seiner Entscheidung zur Verwertbarkeit privater Aufzeichnungen erkannt, dass „die unantastbare Würde des Menschen“ „einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung“ gewährleistet, der der öffentlichen Gewalt ohne Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz-

⁵⁵³ Vgl. *Kloepfer*, FS für BVerfG II, S. 97, 101.

⁵⁵⁴ Ebenda, S. 97.

⁵⁵⁵ Vgl. Maunz/Dürig-*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 47 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 121.

⁵⁵⁷ Vgl. *Teifke*, Menschenwürde, S. 153 ff.

zes schlechthin entzogen ist. Der Umfang dieses Bereichs hängt jedoch davon ab, „welcher Art und wie intensiv“ die soziale Bedeutung oder Beziehung der privaten Aufzeichnungen ist.⁵⁵⁸ Dies bedeutet aber gerade eine „Schutzbereichsbestimmung durch Abwägung“.⁵⁵⁹ Noch deutlicher hat der BGH zum Ausdruck gebracht, dass die Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen in Fällen schwerer Kriminalität durch „Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten einerseits und den Belangen der Strafrechtspflege andererseits“ gerechtfertigt sein kann, denn „das Grundgesetz misst nicht nur dem Persönlichkeitsschutz, sondern auch einer funktionsfähigen Rechtspflege [...] besondere Bedeutung zu“.⁵⁶⁰

Eine ähnliche Überlegung findet sich in der Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung. Obwohl das BVerfG dort nachdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der durch die Menschenwürdegarantie verbürgte Schutz für den „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ nicht „durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden“ darf,⁵⁶¹ hängt die Dimension des Bereichs jedoch wieder von einer Gesamtwürdigung räumlicher, kommunikativ-sozialer sowie finaler Elemente ab.⁵⁶² In einer anschließenden Entscheidung hat der BGH zwar die Verwertbarkeit des in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichneten Selbstgesprächs zum Zweck der Strafverfolgung verneint.⁵⁶³ Er hat jedoch andererseits zugunsten der Gefahrenabwehr bejaht, dass die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehenden Selbstgespräche verwertet werden dürfen.⁵⁶⁴

Ebenfalls ist eine Abwägung in der Entscheidung des BVerfG im Kontext der lebenslangen Freiheitsstrafe zu beobachten. Dabei wird trotz etwaiger persönlichkeitschädigender und daher auch würdeverletzender Wirkungen ein Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde verneint, wenn der Vollzug der Strafe „wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist“ und sich aus diesem Grunde eine Begnadigung verbietet.⁵⁶⁵ Ähnliches gilt bei der Entscheidung zur langfristigen Sicherheitsverwahrung aus dem Jahr 2003. Dort hat das BVerfG zwar die Gefahr der würdeverletzenden Persönlichkeitsdeformation des Straftäters infolge langjährigen Freiheitsentzugs auch anerkannt, trotzdem aber argumentiert, dass die Menschenwürde durch eine langdauernde Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht verletzt wird, „wenn

⁵⁵⁸ Vgl. BVerfGE 80, 367, 373 f.

⁵⁵⁹ Vgl. *Lorenz*, GA 1992, 264.

⁵⁶⁰ Vgl. BGHSt 34, 397, 401. Siehe auch BGHSt 19, 325 (332 ff.).

⁵⁶¹ Vgl. BVerfGE 109, 279, 314.

⁵⁶² Vgl. Maunz/Dürig-Herdeggen, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 49.

⁵⁶³ Vgl. BGHSt 50, 206, 208 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. BGHSt 50, 206, 214.

⁵⁶⁵ Vgl. BVerfGE 45, 187, 242.

diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist“.⁵⁶⁶ Damit wird das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bzw. das Übermaßverbot herangezogen und ein Weg zu einer Abwägung eröffnet.⁵⁶⁷

In einigen anderen Entscheidungen wurde eine Relativierung der Menschenwürde sogar durch das Abstellen auf die Finalität des eingreifenden Staates vorgenommen. Danach wird die Menschenwürde z.B. nicht verletzt, wenn die staatliche Handlung „nicht durch eine Missachtung oder Geringschätzung der menschlichen Person, sondern durch die Notwendigkeit der Geheimhaltung von Maßnahmen zum Schutze der demokratischen Ordnung und des Bestandes des Staates motiviert wird“.⁵⁶⁸ Die Berücksichtigung der Finalität bedeutet aber stets eine wertende und situationsgebundene Abwägung von Zweck und Beeinträchtigung.⁵⁶⁹

c) Auswirkung auf die Zulässigkeit der Rettungsfolter

Gerade der verschleierte Abwägungsvorgang bei der Menschenwürdegarantie in zahlreichen Entscheidungen zeigt, dass die Thesen der h.M. nicht unproblematisch sind.⁵⁷⁰ Daher hat *Lüderssen* sogar die Abwägungsfestigkeit des Art. 1 Abs. 1 GG als „die große Lebenslüge des Verfassungsrechts“⁵⁷¹ bezeichnet. Ob die Menschenwürdegarantie überhaupt abwägungsfest ist, muss hier aber nicht entschieden werden. Denn selbst die Lehre der Abwägungsoffenheit führt nicht unbedingt zur Zulässigkeit der Rettungsfolter. Beispielsweise spricht sich *Herdegen* schließlich auch gegen die Rettungsfolter aus, denn „der Schutz vor der Zufügung willensbeugenden Leidens gehört zu den wenigen modal definierten Misshandlungen, die [...] ohne jeden Vorbehalt als Würdeverletzung gedeutet werden. [...] Eine Relativierung des Folterverbotes ließe von einem völlig abwägungsunabhängigen ‚Würdekern‘ wenig übrig“.⁵⁷² Dasselbe Ergebnis erzielt auch *Neuhaus*, obwohl er die

⁵⁶⁶ Vgl. BVerfGE 109, 133, 151.

⁵⁶⁷ In der Tat hat das BVerfG bereits in vielen Entscheidungen (vgl. nur BVerfGE 28, 386, 389; 32, 98, 109; 56, 37, 42, 49) einen Zusammenhang zwischen der Achtung der Menschenwürde sowie dem Übermaßverbot hergestellt und die Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Menschenwürde angesehen, obwohl dies mit der Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde nicht vereinbar ist. Geht man von der Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde aus, müsste die Würde des Menschen ein Kriterium der Verhältnismäßigkeit darstellen und nicht – wie vom BVerfG teilweise vertreten – umgekehrt. Siehe dazu *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 51 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. BVerfGE 30, 1, 27.

⁵⁶⁹ Vgl. Maunz/Dürig-*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 47.

⁵⁷⁰ Der Meinung, dass die Abwägung bei der Bestimmung der vernunftrechtlichen kategorialen Voraussetzungen der Menschenwürde selbst keine „Abwägung“ von Würdebelangen ist (vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, Art. 1 Rdn. 34 f.; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 83), wird auch entgegengehalten, dass sie lediglich ein „Taschenspielertrick“ sei (vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 142).

⁵⁷¹ *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 702.

⁵⁷² Maunz/Dürig-*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 51.

Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde ebenfalls als „methodisch durchaus zweifelhaft“ ansieht.⁵⁷³ Daher wäre die Frage nach der Abwägungsoffenheit der Menschenwürde für die vorliegende Untersuchung dann ohne Belang, wenn bei einer Abwägung dieselbe Folgerung wie von der h.M. zu ziehen wäre. Jedenfalls zeigt aber die Lehre der Abwägungsoffenheit, dass der rein formale Verweis auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde für eine tragfähige Begründung des absoluten Folterverbots nicht ausreicht.⁵⁷⁴ Deswegen müssen anschließend die Ansichten, die basierend auf einer Abwägung die Menschenwürdeverletzung des Entführers durch Rettungsfolter verneinen, zur Diskussion gestellt werden.⁵⁷⁵

3. Einschränkung der Würdegarantie durch das Recht auf Leben

a) Ansichten für eine Einschränkung

Zugegebenermaßen wird das Leben des Entführungsoffers durch die Rettungsfolter gegen den Entführer gerettet oder könnte zumindest gerettet werden.⁵⁷⁶ Daher ist in erster Linie zu diskutieren, ob der Achtungsanspruch des Entführers auf seine Würde durch das Recht des Entführungsoffers auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) eingeschränkt werden soll. So vertritt etwa *Kühl*, dass nicht einzusehen sei, warum im Rettungsfolterfall zum Lebensschutz keine Notwehr geleistet werden dürfe.⁵⁷⁷ Denn dort werde das Recht auf Leben gestärkt.⁵⁷⁸ Zu beachten ist daneben besonders der Hinweis in der Literatur⁵⁷⁹ auf den zulässigen finalen Rettungsschuss.⁵⁸⁰ Nach einigen Autoren ist es „scheinheilig und geradezu perfide, wenn wir glauben, in einer Gefahrenlage zwar Menschen töten zu können, ihnen aber nicht Schmerz androhen oder sogar Schmerzen realisieren können wie in anderen Polizeieinsätzen auch, wenn es darum geht, das Leben eines Menschen zu schützen“.⁵⁸¹ In diesem Sinne hinterfragt auch *Eser* kritisch:

⁵⁷³ Vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 529 ff. unter Hinweis auf internationale Konventionen. Vgl. so im Ergebnis *Kümmel*, Nötigung, S. 308 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. *Gebauer*, NVwZ 2004, 1409.

⁵⁷⁵ Mangels Unterschieds im Ergebnis muss hier nicht weiter differenziert werden, ob eine solche Abwägung bei der Bestimmung des Schutzbereichs oder erst auf der Stufe der Rechtfertigung (Schranke) stattfindet.

⁵⁷⁶ Vgl. oben Teil 3, V.C.1 zur Rettungsfolter als geeignetem Abwehrmittel.

⁵⁷⁷ Vgl. *Kühl*, FS für Otto, S. 76. Ihm zufolge steht der Rettungsfolter das Rechtsbewährungsprinzip nicht im Weg.

⁵⁷⁸ Vgl. *Kühl*, FS für Seebode, S. 75.

⁵⁷⁹ Vgl. u.a. *Brugger*, JZ 2004, 168; *Otto*, JZ 2005, 480; *Burgmer*, Kriminallistik 2004, 335 f.

⁵⁸⁰ So hat etwa § 54 Abs. 2 BWPoIG geregelt: „Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.“

⁵⁸¹ *Jaeger*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 33.

„Wenn [...] Nothilfe sogar mittels Tötung zulässig wäre, warum sollte man dann dem Opfer nicht auch mittels Erzwingung der Preisgabe seines Verstecks aus einer lebensbedrohlichen Lage helfen dürfen?“⁵⁸²

Ob eine solche Ansicht in der Sache überzeugend ist, kann erst nach einer Ermittlung des verfassungsrechtlichen Rangverhältnisses zwischen Lebensrecht und Menschenwürde, für das bedauerlicherweise nach wie vor noch ein erheblicher Klärungsbedarf besteht,⁵⁸³ festgestellt werden.

b) Rangverhältnis zwischen Lebensrecht und Menschenwürde

aa) Ansichten für die Gleich- oder Vorrangigkeit des Lebens

Obwohl das BVerfG von der Menschenwürde als dem „obersten Wert der Rechtsordnung“⁵⁸⁴ spricht und die h.L. dem aufgrund der Besonderheiten der Menschenwürde – wie oben schon erwähnt: Unantastbarkeit, kein Grundrechtsvorbehalt, Ewigkeitsgarantie usw.⁵⁸⁵ – auch zustimmt, befürwortet ein Teil des Schrifttums die Gleichheit oder sogar Vorrangigkeit des Lebens im Vergleich zur Würde. Diese Ansicht beruft sich ebenfalls auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG, in der betont wird, dass das Leben innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen „Höchstwert“⁵⁸⁶ darstelle, und argumentiert damit, dass das Leben nicht nur mit der Menschenwürde gekoppelt in einer Einheit stehe,⁵⁸⁷ sondern auch ihren Grund bilde.⁵⁸⁸ Nach *Herdegen* wird dies bereits durch die Entstehungsgeschichte der Menschenwürde bestätigt:

„Schon der entstehungsgeschichtliche Kontext des Bekenntnisses zur Menschenwürde – die Reaktion auf die Greuel des Dritten Reiches – legt nahe, dass der Schutz vor physischer Vernichtung [...] *a priori* keine geringere Valenz hat als die Achtung der Men-

⁵⁸² *Eser*, FS für Hassemer, S. 724.

⁵⁸³ Vgl. *Guckelberger*, VBIBW 2004, 125.

⁵⁸⁴ BVerfGE 75, 369, 380.

⁵⁸⁵ Die Ansicht, dass nur für die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine staatliche Schutzpflicht statuiert, sie also das einzige mit einem *status positivus* ausgestattete Grundrecht sei (vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 263), ist hingegen nicht überzeugend. Denn unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 GG folgt auch eine Schutzpflicht des Staates, Ehe und Familie zu bewahren (Sachs-v. *Coelln*, Art. 6 Rdn. 19). Im Übrigen ergibt sich für den Staat „unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG“ die Pflicht, das Leben jedes einzelnen Menschen zu schützen (vgl. BVerfGE 39, 1, 41; 45, 187, 254 f.). Der Staat hat also „sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen; d.h. vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“ (BVerfGE 46, 160, 164). Allerdings ist der Standpunkt des BVerfG in dieser Hinsicht nicht ganz klar. An anderer Stelle wurde der Grund der Schutzpflicht für das Leben in Art. 1 Abs. 1 GG gelegt (vgl. BVerfGE 88, 203, 251).

⁵⁸⁶ BVerfGE 39, 1, 42; 45, 187, 254; 46, 160, 164; 49, 24, 53; 115, 118, 139.

⁵⁸⁷ Siehe z.B. *Gössel*, FS für Otto, S. 54: „Jeder Eingriff in das Lebensrecht des Menschen ist zugleich ein Eingriff in dessen Menschenwürde.“ In diesem Sinne auch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Starck*, Art. 1 Rdn. 17, wonach Würdeschutz zugleich Lebensschutz ist.

⁵⁸⁸ Vgl. *H. Götz*, NJW 2005, 954; *Gromes*, Präventionsfolter, S. 170.

schenwürde. Menschliche Würde ist in Abstraktion vom menschlichen Leben nicht denkbar.“⁵⁸⁹

Noch deutlicher ist die Argumentation *Kloepfers*. Basierend auf der Formulierung des BVerfG in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch, dass das Leben „vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“ ist,⁵⁹⁰ hat *Kloepfer* die Folgerung abgeleitet, dass das Leben als „allgemeinste, elementarste Grundrechtsvoraussetzung“ das höchstrangige Verfassungsgut sei:

„In dieser Funktion als umfassende Grundrechtsvoraussetzung, bei der jeder Lebens-
eingriff zugleich ein Eingriff auf die hierauf bauenden Grundrechte ist, muss die Be-
schränkung des Lebens das Schrankenminimum der gesamten Grundrechtsordnung ent-
halten, d.h. das am geringsten zu beschneidende Grundrecht sein. Das Lebensgrundrecht
kann nicht stärker einschränkbar sein als ein das Leben voraussetzendes Grundrecht,
weil dies der essentiellen Hintereinanderschaltung des Rechts auf Leben und der übrigen
Grundrechte widerspräche.“⁵⁹¹

Da die Menschenwürde auch Grundrechtscharakter besitzt, könne „nicht von einem per-se-Vorrang der Menschenwürde ausgegangen werden“.⁵⁹² Zuletzt könnten die Vorschriften des StGB auch als Argumentation für die Vorrangigkeit des Lebens herangezogen werden. Denn während das Leben durch Androhung der schwersten Freiheitsstrafe geschützt wird, sind die Delikte, welche die Würde des Einzelnen schützen, wie §§ 185, 223, 240 StGB, nur als Vergehen mit einer vergleichsweise niedrigen Höchststrafe ausgestaltet. Dies könnte eine Indiz dafür sein, dass das Leben im Vergleich zur Menschenwürde schutzwürdiger und daher an einer höheren Stelle in der Normenhierarchie einzuordnen wäre.⁵⁹³

bb) Keine Kongruenz zwischen Leben und Würde

Die These, dass Leben und Würde als eine gekoppelte Einheit zu betrachten sind, kann in Deutschland mit guten Gründen bestritten werden.⁵⁹⁴ Denn selbst das BVerfG zieht gerade nicht den Schluss, dass jeder Lebenseingriff zugleich einen Eingriff in die Menschenwürde darstellt. Heranzuziehen sind zuerst die Entscheidungen, in denen gezeigt wird, dass das Leben und die Menschenwürde nicht

⁵⁸⁹ Maunz/Dürig-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 25. Trotzdem vertritt *Herdegen* nicht, dass jeder Eingriff in Leben zugleich eine Würdeverletzung darstellt. Denn ihm zufolge überschneidet sich der Würdeschutz nur teilweise mit dem Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (vgl. Maunz/Dürig-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 95). Die beiden Standpunkte erscheinen jedoch widersprüchlich.

⁵⁹⁰ BVerfGE 39, 1, 42. So auch BVerfGE 115, 118, 152; BVerfG NJW 1999, 3401.

⁵⁹¹ *Kloepfer*, FG für BVerfG II, S. 412.

⁵⁹² Vgl. ebenda, S. 79, 86. Zur Einheit zwischen Leben und Menschenwürde deutlich dort auf S. 78.

⁵⁹³ Diese Argumentation wurde von *Ellbogen*, Jura 2005, 342 ins Gespräch gebracht. Er selbst stimmt ihr jedoch nicht zu.

⁵⁹⁴ Vgl. auch Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 14 ff.

gleichzeitig existieren müssen. Genannt wird hier der sogenannte postmortale Würdeschutz.⁵⁹⁵ Obwohl im Wesentlichen Einigkeit darüber herrscht, dass der Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG mit dem Tod endet,⁵⁹⁶ endet die Menschenwürde noch nicht mit dem Tod einer Person.⁵⁹⁷ So hat auch das BVerfG entschieden, dass „die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode“ endet.⁵⁹⁸ Diese postmortale Schutzzone bezieht sich nämlich lediglich auf die Menschenwürdegarantie, hingegen nicht mehr auf das Leben. Damit wird bewiesen, dass es doch zumindest eine Phase gibt, in der die Würde vom Leben entkoppelt ist.⁵⁹⁹

Ein anderes Argument besteht darin, dass nicht jede Tötungshandlung die Würde des Menschen verletzt.⁶⁰⁰ Denn die Menschenwürdegarantie und der Lebensschutz unterscheiden sich in der Modalität der Schutzrichtung: Während die Menschenwürde „den absoluten und relationalen Wert der Existenz jeden menschlichen Lebens“ postuliert und schützt, verbürgt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG das Lebensrecht als „vitales Essenzialium und transzendente Bedingung dieses Werts“.⁶⁰¹ Ob eine Tötungshandlung auch als Verstoß gegen die Menschenwürde anzusehen ist, kann daher nur anhand der konkreten Umstände festgestellt werden.⁶⁰² Dies ist erst dann anzunehmen, wenn in der Tötung eine Verächtlichmachung, Geringschätzung oder Instrumentalisierung des konkreten Menschen oder der Menschheit als zur Sittlichkeit sich selbst bestimmenden Gattung sichtbar wird.⁶⁰³

Ein anschauliches Beispiel bildet die Entscheidung des BVerfG zu § 14 Abs. 3 LuftSiG. In dieser Entscheidung hat das Gericht zwar bejaht, dass die Menschenwürde der Passagiere verletzt wird, wenn der Staat das entführte Flugzeug zum

⁵⁹⁵ Vgl. *Jahn*, KritV 2004, 49; *Kümmel*, Nötigung, S. 266; *Weilert*, Folterverbot, S. 151.

⁵⁹⁶ Vgl. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 2 Rdn. 81.

⁵⁹⁷ Vgl. *Epping/Hillgruber-Hillgruber*, Art. 1 Rdn. 5.

⁵⁹⁸ Vgl. BVerfGE 30, 173, 194; BVerfG NJW 2001, 594; BVerfG NJW 2001, 2958 f. Vgl. auch *Sachs-Höfling*, Art. 1 Rdn. 61.

⁵⁹⁹ Demgegenüber taugt die pränatale Schutzzone wohl nicht als Beispiel. Zwar kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben Menschenwürde zu (vgl. BVerfGE 88, 203, 251), es lässt sich jedoch vertreten, dass Leben spätestens mit der Nidation entsteht (vgl. BVerfGE 39, 1, 37). Ob der Schutz der Menschenwürde und des Lebens bereits mit der Befruchtung der Eizelle einsetzt, hat das BVerfG offengelassen. Daher könnte die Folgerung gezogen werden, dass Leben und Würde in der pränatalen Phase gleichzeitig bestehen. Trotzdem plädieren *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 21 Rdn. 20 aufgrund des pränatalen Schutzes für eine Entkopplung von Würde- und Lebensschutz. Ihnen zufolge kommt dem Embryo in vitro zwar Lebensschutz, aber kein Menschenwürdeschutz zu.

⁶⁰⁰ Vgl. *Hufen*, NJW 2001, 850; *Wolter*, FS für Küper, S. 712.

⁶⁰¹ Vgl. *Lindner*, DÖV 2006, 584.

⁶⁰² Vgl. *Sachs-Murswiek*, Art. 2 Rdn. 170.

⁶⁰³ Vgl. *Maunz/Dürig-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 14.

Schutz des Lebens der Menschen auf der Erde abschießt.⁶⁰⁴ Es hat diese Maßnahme aber nicht als Verletzung der Würde des Täters bewertet, obwohl dieser durch den Abschuss des Flugzeugs auch ums Leben kommt. Denn „wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt, wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht“. Es soll im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers entsprechen, „wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird“. Somit wird der Angreifer in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt.⁶⁰⁵ Als weiteres Beispiel lässt sich die Konstellation „Sterben in Würde“ anführen. Wenn einem schwer kranken Menschen nach seinem Wunsch schmerzstillende Mittel verabreicht werden, die eine Verkürzung der Lebenszeit mit sich bringen, wird dieser zwar dadurch getötet. Seine Menschenwürde wird allerdings dadurch nicht verletzt, sondern vielmehr gewahrt.⁶⁰⁶

Somit steht fest, dass sich dem Argument des BVerfG, dass das Leben „vitale Basis der Menschenwürde“ ist, nicht entnehmen lässt, dass Leben und Würde eine gekoppelte Einheit sind. Mit diesem Argument hat das Gericht vielmehr nur betont, dass die Würde des Menschseins im Dasein um seiner selbst willen liegt.⁶⁰⁷

„Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“⁶⁰⁸

cc) Vorrangigkeit der Menschenwürde

Problematischer ist, ob der Menschenwürde im Konflikt mit dem Recht auf Leben Vorrang gewährt werden soll. Die Frage, ob die Würde als „oberster Wert“ über das Leben als „Höchstwert“ gestellt werden soll, lässt sich nicht rein formalistisch beantworten.⁶⁰⁹ Eine aussagekräftige Begründung kann sich nur aus einer umfassenden verfassungsrechtlichen Bewertung in Anbetracht anderer Fallkonstel-

⁶⁰⁴ Vgl. BVerfGE 115, 118, 151 ff.

⁶⁰⁵ Vgl. BVerfGE 115, 118, 161.

⁶⁰⁶ Vgl. Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 14 f. Dabei wird allerdings vor allem die passive Sterbehilfe erwähnt. Insofern wäre die indirekte Sterbehilfe ein überzeugenderes Beispiel.

⁶⁰⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203, 252.

⁶⁰⁸ BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.

⁶⁰⁹ So aber *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 380, nach dessen Ansicht das Leben nur „einen“, nicht aber – wie die Würde – „den“ Höchstwert der Verfassungsordnung darstellt.

lationen ergeben. Im Ergebnis geht jedenfalls die überwiegende Meinung in Deutschland von der Vorrangigkeit der Menschenwürde aus.⁶¹⁰

Dafür spricht schon der Wortlaut des Grundgesetzes.⁶¹¹ Während Art. 1 Abs. 1 die Würde des Menschen ausdrücklich für „unantastbar“ erklärt, steht das Recht auf Leben in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG eindeutig unter einfachem Gesetzesvorbehalt.⁶¹² Daher behauptet das BVerfG auch zutreffend:

„Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderem Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse.“⁶¹³

Die Annahme, dass sich die Formulierung „diese Rechte“ in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG lediglich auf die körperliche Unversehrtheit sowie die Freiheit der Person und nicht auf das Recht auf Leben bezieht, erweist sich hingegen unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte dieses Artikels als unzutreffend. Denn in den verschiedenen Entwurfsfassungen des Art. 2 GG waren mehrere recht unterschiedliche Grundrechte enthalten, auf die sich gemeinsame Schrankenregelungen beziehen sollten, und gerade die besondere Brisanz der gesetzlichen Zulassung staatlicher Tötungen wurde auch im Parlamentarischen Rat nicht thematisiert.⁶¹⁴ Nichts anderes ergibt sich aus einer systematischen Betrachtung des Grundgesetzes. Der Vorrang der Menschenwürde wird also nicht nur dadurch bestätigt, dass Art. 1 Abs. 1 GG an prominenter Position an den Anfang des Grundgesetzes gestellt worden ist, sondern auch dadurch, dass sie durch die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG sogar vor Verfassungsänderungen geschützt wird. Der Menschenwürde wird daher „eine einzigartige Position innerhalb der Normenhierarchie des Grundgesetzes zugewiesen, die sie gegenüber dem einfachen Verfassungsrecht zu einem Rechtssatz höheren Ranges macht“.⁶¹⁵

Auf der anderen Seite ist ein Blick auf die Problematik der Sterbehilfe zu werfen. Nach h.M. in Deutschland ist die indirekte Sterbehilfe als erlaubt zu bewerten,⁶¹⁶ obwohl dabei die ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigt.⁶¹⁷ Teilweise wird dieses Ergebnis damit begründet, dass die schmerzlindernde Behandlung be-

⁶¹⁰ Siehe nur v. Münch/Kunig/*Kunig*, Art. 1 Rdn. 5; *Weilert*, Folterverbot, S. 151 f. Zur Gegenansicht vgl. *Nitschke*, in: ders. (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 14 ff., 28; *Trapp*, in: *Lenz* (Hrsg.), *Folter*, S. 129.

⁶¹¹ Vgl. nur *Saliger*, ZStW 116 (2004), 46; *Wittreck*, DÖV 2003, 879; *Welsch*, BayVBl. 2003, 485; *Müller/Formann*, Die Polizei 2003, 314; *Jahn*, KritV 2004, 49; *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 146; *Stohrer*, BayVBl. 2005, 495 f.; *Wagenländer*, *Rettungsfolter*, S. 150.

⁶¹² Vgl. nur *Sachs-Murswiek*, Art. 2 Rdn. 164.

⁶¹³ BVerfGE 88, 203, 253 f.

⁶¹⁴ Vgl. *Kutscha*, NVwZ 2004, 801.

⁶¹⁵ Vgl. *Wittreck*, in: *Blaschke* u.a. (Hrsg.), *Sicherheit*, S. 172.

⁶¹⁶ Vgl. *Fischer*, StGB, Vor §§ 211–216 Rdn. 55 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 316c; *Schönke/Schröder-Eser*, Vor §§ 211 ff. Rdn. 26.

⁶¹⁷ Vgl. BGHSt 46, 279, 285.

reits nach ihrem „sozialen Sinngehalt“ dem Schutzbereich des § 212 StGB nicht unterfällt und daher den Tatbestand des Totschlags nicht erfüllt.⁶¹⁸ Überwiegend wird jedoch der rechtfertigende Notstand herangezogen.⁶¹⁹ Angesichts der Tatsache, dass schwerste, als unerträglich empfundene Schmerzen die Würde des Kranken verletzen können, indem sie ihn zum bloßen Objekt erniedrigen und ihn unfähig machen, sein Leiden anzunehmen,⁶²⁰ kommt § 34 StGB hier nach der Entscheidung des BGH „jedenfalls“ zur Anwendung.

„Denn die Ermöglichung eines Todes in Würde [...] ist ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten, insbesondere sog. Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen.“⁶²¹

Das in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnde Recht des Kranken auf ein Sterben unter „menschewürdigen“ Bedingungen⁶²² ist hier nämlich zu bevorzugen. Ähnliche Formulierungen finden sich gleichfalls bei der passiven Sterbehilfe. Im Jahr 1957 hat der BGH bereits entschieden, dass es einen rechtswidrigen Eingriff in die Würde des Kranken darstellen kann, wenn der Arzt – wenn auch aus medizinisch berechtigten Gründen – ungeachtet der möglicherweise gegensätzlichen Meinung des Kranken eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation an ihm vornimmt.⁶²³ Anfang der 1990er hat der BGH weiter die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe ausdrücklich anerkannt, „um dem Sterben [...] seinen natürlichen, der Würde des Menschen gemäßen Verlauf zu lassen“.⁶²⁴ Betrachtet man die Zulässigkeit der indirekten sowie der passiven Sterbehilfe unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts, kommt darin zum Ausdruck, dass die Gewährleistung der Menschenwürde in diesen Fällen im Verhältnis zum Lebensschutz vorgeht. Hier muss also die Würde des Menschen als ein gegenüber dem Leben höherwertiges Rechtsgut anerkannt werden.⁶²⁵

Der Lebensschutz darf daher nicht gegen die Menschenwürde ausgespielt werden, obwohl er von grundsätzlicher Bedeutung ist.⁶²⁶ Dieses Ergebnis wird neuer-

⁶¹⁸ Vgl. LK¹¹-Jähnke, Vor § 211 Rdn. 16.

⁶¹⁹ Siehe u.a. NK-Neumann, Vor § 211 Rdn. 103; MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rdn. 108 ff.

⁶²⁰ Vgl. Kutzer, NStZ 1994, 115. Siehe auch Maunz/Dürig-Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 39.

⁶²¹ BGHSt 42, 301, 305.

⁶²² Vgl. BGHSt 46, 279, 285.

⁶²³ Vgl. BGHSt 11, 111, 114.

⁶²⁴ Vgl. BGHSt 37, 376, 379.

⁶²⁵ Vgl. Gössel/Dölling, BT I, § 2 Rdn. 43.

⁶²⁶ Vgl. Hufen, NJW 2001, 855 f., 857; Zippelius/Würtenberger, Staatsrecht, § 24 Rdn. 2 ff. Die ständige Betonung des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens des Kranken sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung (vgl. z.B. Verrel, JZ 1996, 224 ff.) ändert nichts an diesem Ergebnis. Denn das bei der Interessenabwägung i.S.d. § 34 StGB zu berücksichtigende Selbstbestimmungsrecht des Kranken ist gerade aus der Menschenwürdegarantie (i.V.m. Art. 2 Abs. GG) abzuleiten.

dings auch von der Entscheidung des BGH zur Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch⁶²⁷ bestätigt. Zwar ist nach herkömmlichem Verständnis die aktive (direkte) Sterbehilfe aus dem Grund, dass – wie auch die Einwilligungssperre in § 216 StGB manifestiert⁶²⁸ – ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe durch Dritte verfassungsrechtlich nicht anerkannt wird,⁶²⁹ nicht zu rechtfertigen.⁶³⁰ Durch die Entscheidung aus dem Jahr 2010 will der BGH allerdings eine Ausnahme zum Verbot der aktiven Sterbehilfe beim Behandlungsabbruch annehmen. Danach ist selbst der durch aktives Tun vorgenommene Abbruch einer begonnenen medizinischen Behandlung gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht.⁶³¹ Hier wird also wiederum der Selbstbestimmung, die eng mit der Menschenwürde zusammenhängt⁶³² und teilweise sogar als der „Kern der Menschenwürde“⁶³³ betrachtet wird, Vorrang vor dem Lebensschutz eingeräumt.

Hingegen ergibt sich kein Argument gegen den Vorrang der Menschenwürde aus den Strafraumen des StGB. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die besondere Struktur der Menschenwürde nur die „Tatbestandsseite“ betrifft, „den Umstand nämlich, dass beim Vorliegen eines Eingriffs dieser nicht durch Abwägung mit anderen – noch so gewichtigen – Verfassungsbelangen gerechtfertigt werden kann“. Unberührt davon bleibt, dass auf der Rechtsfolgenseite Erwägungen zur Schwere des Eingriffs angestellt und die Art und Höhe der Rechtsfolge von der Eingriffsintensität abhängig gemacht werden können.⁶³⁴ Daher muss nicht jede Verletzung der Menschenwürde unter strengste Strafe gestellt werden. Umgekehrt gesagt: Die Strafraumen im StGB spiegeln nicht unbedingt wider, auf welcher Ebene der Wertigkeitsskala sich die geschützten Rechtsgüter befinden.⁶³⁵ Zum anderen kann die Tatsache nicht übersehen werden, dass die Tatbestände im StGB mit hohem Strafraumen meistens auch dem Schutz der Menschenwürde dienen. So liegt z.B. der Strafschärfungsgrund bei Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebs in der besonders schweren Verletzung der Menschenwürde „des Opfers, das sogar um den Preis der Opferung seines Lebens zum Objekt der sexuellen Begierde

⁶²⁷ Vgl. BGHSt 55, 191 ff.

⁶²⁸ Vgl. BGHSt 46, 279, 286; BGH NSTZ 2003, 538.

⁶²⁹ Vgl. BVerfGE 76, 248, 252. Siehe dazu auch *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 24 Rdn. 2, wonach Art. 2 Abs. 2 GG dem Einzelnen mit dem Recht „auf“ Leben noch kein Recht gibt, „über“ sein Leben zu verfügen.

⁶³⁰ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rdn. 7; *Hufen*, NJW 2001, 855; *Maunz/Dürig-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 39. Für die Zulässigkeit der aktiven Sterbehilfe unter der Voraussetzung, dass sie der unheilbar Kranke bei vollem Bewusstsein verlangt, siehe *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 2 Rdn. 100; *Sachs-Murswiek*, Art. 2 Rdn. 212a.

⁶³¹ Vgl. BGHSt 55, 191, 198 ff.

⁶³² Vgl. *Klug*, FS für Maihofer, S. 235.

⁶³³ Vgl. *Hufen*, NJW 2001, 851.

⁶³⁴ Vgl. BVerfG NJW 2006, 1581 hinsichtlich des Schadensausgleichs wegen Verletzung der Menschenwürde.

⁶³⁵ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 266.

des Täters gemacht wird.⁶³⁶ Darüber hinaus legt auch die grausame Tötung i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB oft eine Menschenwürdeverletzung des Opfers nahe.

c) Kein Vergleich mit dem finalen Rettungsschuss

Mit den oben dargestellten Argumenten lässt sich nach h.M. in Deutschland festhalten, dass die Menschenwürdegarantie durch den Lebensschutz nicht eingeschränkt werden kann.⁶³⁷ Im Gegenteil:

„Auf die Spitze getrieben, schätzt das Grundgesetz die Menschenwürde des Täters höher als das Leben seiner Opfer.“⁶³⁸

Insofern scheidet schon der Vergleich zwischen Rettungsfolter und finalen Rettungsschuss: Dass das Recht des Angreifers auf Leben im Fall des finalen Rettungsschusses eingeschränkt werden darf, kann im Fall der Rettungsfolter nicht als Beweis zur Versagung der Menschenwürdegarantie des Entführers angeführt werden.⁶³⁹

Andererseits fehlt es nach h.M. beim finalen Rettungsschuss aber gerade an einem Konflikt zwischen der Menschenwürde aufseiten des Angreifers und dem Leben aufseiten des Opfers, denn der finale Rettungsschuss als polizeiliche Maßnahme zum Schutz von Leib und Leben stellt keinen Eingriff in die Menschenwürde des Angreifers dar.⁶⁴⁰ Während die (Rettungs-)Folter das Innerste des Menschen

⁶³⁶ Vgl. BeckOK-*Eschelbach*, § 211 Rdn. 17. Vgl. weiter BGHSt 19, 101, 105: „Das Gesetz sieht die Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes als besonders verwerflich an, weil der Täter das Leben eines Menschen der Befriedigung seiner Geschlechtslust unterordnet.“ So auch BVerfG NJW 2009, 1063.

⁶³⁷ Vgl. nur *Kreuzer*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 44.

⁶³⁸ *Stohrer*, BayVBl. 2005, 496.

⁶³⁹ Die anderen Begründungen zur Unvergleichbarkeit der beiden Fälle vermögen nicht zu überzeugen. Das Argument, dass der Rettungsschuss ein Unterlassen, die Folter aber ein positives Tun fordert (vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 534; *Jahn*, KritV 2004, 43; *Welsch*, BayVBl. 2003, 485), ist nicht stichhaltig. Denn es ist kein Grund ersichtlich, wieso hier der Unterlassung und dem positiven Tun unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden soll (vgl. *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 701). Die Annahme, dass beim finalen Rettungsschuss eine eindeutige Tätersituation vorliegt, bei der Folter gegenüber bloß Tatverdächtigen dagegen nicht (vgl. *Saliger*, ZStW 116 [2004], 47; *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 702; *Kinzig*, ZStW 115 [2003], 806 f.; *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 146), erweist sich nur als Tatfrage im konkreten Einzelfall (vgl. *Otto*, JZ 2005, 480). Nicht aussagekräftig ist übrigens auch das Abstellen auf den rein formalen und wohl ebenfalls vom konkreten Sachverhalt abhängenden Unterschied zwischen der Mittelbarkeit (bei der Folter) und Unmittelbarkeit (beim Rettungsschuss) der Rettungshandlung (vgl. so *Neuhaus*, GA 2004, 534 f.; *Jahn*, KritV 2004, 43 f.). Die Ansicht, dass bei der Folter u.a. mangels einschränkender gesetzlicher Voraussetzungen (vgl. *Braum*, KritV 2005, 296) eine höhere Missbrauchsfahrgefahr besteht (vgl. *Gebauer*, NVwZ 2004, 1408), ist an sich zwar richtig, verfehlt jedoch ebenfalls den Kern des Problems. Denn eine Missbrauchsfahrgefahr bedeutet nicht unbedingt einen Missbrauch im konkreten Fall.

⁶⁴⁰ Vgl. so z.B. Maunz/Dürig-*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96; Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rdn. 37; *Greco*, GA 2007, 631 Fn. 15; v. *Bernstorff*, Der Staat 2008,

verletzt, beschränkt sich der finale Rettungsschuss nur auf die Verletzung äußerer Freiheitssphären.⁶⁴¹ Dem finalen Rettungsschuss fehlt das der Folter Wesenhafte, nämlich die prozedurale Unterwerfung unter einen fremden Willen.⁶⁴² Der Angreifer beim finalen Rettungsschuss ist also nicht bloßes Objekt, sondern Gegenspieler staatlichen Handelns, der den Verlauf des Geschehens (mit-)bestimmt.⁶⁴³

d) Exkurs: Kein „rechtsfreier Raum“

Vereinzelt wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die verfassungsrechtlichen Erwägungen zum Verhältnis von Menschenwürde und Lebensrecht in hier interessierenden Rettungsfolterfall in eine „Wertungsaporie“ führten, die nicht befriedigend gelöst werden könne oder sogar unlösbar sei. Daher sei hier ein rechtsfreier bzw. rechtswertungsfreier Raum anzunehmen. Der Staat solle danach die Rettungsfolter weder als verfassungsmäßig noch als verfassungswidrig, weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig qualifizieren. Er solle sich vielmehr der rechtlichen Wertung enthalten und die vom Polizeibeamten im vorliegenden Konflikt zwischen Würde und Leben gewählte Handlung, nämlich die Rettungsfolter, in dem Sinne „akzeptieren“, dass er sie nicht missbilligt, aber auch nicht zur befolgungswürdigen Regel in vergleichbaren Sachverhalten erklärt.⁶⁴⁴

Diese Ansicht stützt sich offensichtlich auf die Lehre des „rechtsfreien Raums“, die auf den Gedanken der unverbodenen Notstandshandlung⁶⁴⁵ zurückgeht⁶⁴⁶ und besagt, dass die Rechtsordnung unter Umständen aus rechtspolitischen oder anderen Gründen ihre Normen zurückziehen und damit auf eine Wertung verzichten könne bzw. müsse, sodass das betreffende Verhalten vom Recht weder verboten noch erlaubt werde. Hier bestehe also ein Raum, innerhalb dessen der Täter zur „freien sittlichen, allein vor dem eigenen Gewissen zu verantwortenden Entscheidung aufgerufen“ sei und die Rechtsordnung auch diese Entscheidung zu akzeptieren habe.⁶⁴⁷ Diese These erfährt allerdings seit Langem in Deutschland vielfältige Kritik. Dass überhaupt eine dritte Kategorie, nämlich das Unverbotensein, zwischen Rechtswidrig- und Rechtmäßigkeit existieren kann, bestritten Anfang des

28; Marx, KJ 2004, 300; Ziegler, KritV 2004, 61; Wilhelm, Die Polizei 2003, 204 f.; Kreuzer, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 44.

⁶⁴¹ Vgl. z.B. Saliger, ZStW 116 (2004), 47. Ähnlich auch K. Günther, in: Beestermöller/Brunckhorst (Hrsg.), Folter, S. 106.

⁶⁴² Vgl. Jäger, FS für Herzberg, S. 545.

⁶⁴³ Vgl. Zippelius/Würtenberger, Staatsrecht, § 21 Rdn. 57.

⁶⁴⁴ Vgl. Lindner, DÖV 2006, 587 f.

⁶⁴⁵ Vgl. dazu Fichte, Grundlage, S. 247; Binding, Handbuch, S. 766.

⁶⁴⁶ Vgl. Philipps, ARSP 52 (1966), 204 f. Zum Verhältnis der beiden Lehren auch Zimmermann, Rettungstötungen, S. 327 f.

⁶⁴⁷ Vgl. Art. Kaufmann, FS für Maurach, S. 336 f., 341; ders., Strafrecht, S. 150.

20. Jahrhunderts schon *Sauer*⁶⁴⁸ und v. *Weber*.⁶⁴⁹ Ein rechtsfreier Raum ist danach eine logische Unmöglichkeit, denn „rechtswidrig“ und „nicht rechtswidrig (also rechtmäßig)“ sind kontradiktorische Gegensätze, die eine dritte Möglichkeit ausschließen. Auch *Radbruch* hat gegen die Figur des „rechtsfreien Raums“ eingewendet, dass es im Wesen rechtlicher Ordnung liege, universal zu sein. Deshalb gibt es keinen Platz für einen rechtsleeren Raum. Dieser ist vielmehr nur ein rechtlich im negativen Sinne, durch Verneinung jeder Rechtsfolge geregeltes Tat-sachengebiet.⁶⁵⁰

Selbst wenn man diese Kritiken für nicht berechtigt und daher einen rechtsfreien Raum für denkbar hält, scheint die These des rechtsfreien Raums dennoch bedenklich. Denn sie tendiert nicht nur in die Richtung des Ignorierens der geltenden Rechtsordnung. Mangels eines akzeptablen Kriteriums zur Abgrenzung des rechtsfreien Raums zum rechtlich geregelten Raum kann diese Lehre auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.⁶⁵¹ Insofern besteht die Gefahr, dass die eigenen rechtlichen und moralischen Zweifel zur juristischen Maxime gemacht werden könnten.⁶⁵² Zudem spricht auch die Notwehrprobe gegen die Lehre des rechtsfreien Raums. Wird also dem Angegriffenen ein Notwehrrecht gegen den Angriff, der im sogenannten rechtsfreien Raum stattfindet, eingeräumt, dann ist dieser Angriff der Sache nach schon nichts anderes als ein „rechtswidriger“; steht hingegen dem Angegriffenen kein Notwehrrecht zu, dann hat der Angriff im rechtsfreien Raum dieselbe Konsequenz wie ein gerechtfertigter: Der Angegriffene hat ihn hinzunehmen. In beiden Fällen erweist sich somit die Figur des „rechtsfreien Raums“ nur als eine „rhetorische Geste“⁶⁵³ oder ein „Etikettenschwindel“.⁶⁵⁴

Des Weiteren ist die Anerkennung eines rechtsfreien Raums auch kriminalpolitisch unbefriedigend. So hat der BGH bereits in seinen Entscheidungen – vor allem im Bereich der Vermögensdelikte – betont, dass die Rechtsordnung schon im Interesse der öffentlichen Ordnung dafür sorgen müsse, dass kein rechtsfreier Raum entstehe.⁶⁵⁵

Ungeachtet dieser Einwände gegen die Lehre des rechtsfreien Raums als solche ist jedenfalls daran festzuhalten, dass im hier interessierenden Rettungsfolterfall kein rechtsfreier Raum anzunehmen ist. Denn erstens liegen Verhaltensweisen, die – wie hier die Rettungsfolter – bestimmte Tatbestände im StGB erfüllen, *eo ipso*

⁶⁴⁸ Vgl. *Sauer*, Grundlage, S. 236.

⁶⁴⁹ Vgl. v. *Weber*, Notstandsproblem, S. 3.

⁶⁵⁰ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 181.

⁶⁵¹ Vgl. *Ladiges*, Bekämpfung, S. 487.

⁶⁵² Vgl. *Archangelskij*, Lebensnotstand, S. 25.

⁶⁵³ Vgl. *Roxin*, AT I, § 14 Rdn. 30.

⁶⁵⁴ Vgl. *Lenckner*, Notstand, S. 28 hinsichtlich der Gefahrengemeinschaft.

⁶⁵⁵ Vgl. BGHSt 8, 254, 256; BGH NStZ-RR 1999, 185 f.

nicht in einem rechtsfreien, sondern im rechtlich geregelten Raum.⁶⁵⁶ Wenn man also davon ausgehen dürfte, dass vielerlei Vorgänge keiner rechtlichen Regelung unterworfen sind, ist dies bei einem tatbestandsmäßigen Verhalten nicht der Fall.⁶⁵⁷ In der Tat zeigt die Existenz eines strafrechtlichen Tatbestands schon, dass ein „rechtsbesetzter Raum“ vorliegt.⁶⁵⁸ Durch den Tatbestand hat die Rechtsordnung das betreffende Verhalten bereits als generell unerlaubt bewertet. Hier will die Rechtsordnung ihre Normen gerade nicht zurückziehen oder auf eine Wertung verzichten.⁶⁵⁹ Zudem ist darauf zu achten, dass die Figur des „rechtsfreien Raums“ keine Anwendung beim staatlichen Verhalten finden kann. Denn „der Staat, der – durch seine Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) – als Rechtsstaat definiert ist, kann überhaupt nur in der Sphäre des Rechts existieren und agieren, für ihn gibt es nur das Entweder-oder der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit“.⁶⁶⁰ Die Rettungsfolter, die als hoheitlicher Eingriff in die Menschenwürde und die Unversehrtheit des Körpers des Entführers anzusehen ist, kann sich somit ebenfalls nicht in einem „rechtsfreien Raum“ abspielen. Schließlich ist der Rückgriff auf die Figur des „rechtsfreien Raums“ im hier interessierenden Rettungsfolterfall weder nötig noch möglich, weil – wie oben dargestellt – nach h.M. in Deutschland der Menschenwürde im Konflikt mit dem Recht auf Leben Vorrang gewährt werden soll. Ein „unlösbarer“ Konflikt zwischen der Menschenwürde des Entführers und dem Lebensrecht des Entführungsofopfers, welcher angeblich die Annahme eines rechtsfreien Raums ermögliche, liegt also hier gar nicht vor.

4. Einschränkung der Würdegarantie durch Würdekollision

Aus dem Ergebnis, dass die Menschenwürde des Entführers nicht durch das Recht des entführten Kindes auf Leben eingeschränkt werden kann, folgt noch nicht, dass die Rettungsfolter schon zwangsläufig eine Verletzung der Würde des Entführers darstellt. Hier muss weiter geprüft werden, ob die Menschenwürdegarantie für den Entführer durch die Würde des Entführungsofopfers relativiert werden soll.

⁶⁵⁶ Vgl. *Hilgendorf*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), *Sicherheit*, S. 126 in Bezug auf den Flugzeugabschuss.

⁶⁵⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 14 Rdn. 29.

⁶⁵⁸ Vgl. *Ladiges*, *Bekämpfung*, S. 485.

⁶⁵⁹ Vgl. *Schlenzka*, *Rettungsfolter*, S. 265 f.

⁶⁶⁰ *Enders*, *DÖV* 2007, 1042.

a) *Würde des Opfers und staatliche Pflichten*

aa) Menschenwürde des Entführungsoپfers

Umstritten ist allerdings bereits, ob die Menschenwürde des entführten Kindes im hier interessierenden Rettungsfolterfall überhaupt tangiert wird. Eine Ansicht in der Literatur verneint diese Frage. So gehen z.B. *Pieroth* und *Schlink* davon aus, dass beim Entführungsoپfer „eben nur das Leben und nicht die Menschenwürde bedroht“ sei.⁶⁶¹ Zur Begründung weisen die Vertreter dieser Ansicht zum Teil darauf hin, dass Leben und Würde keine gekoppelte Einheit seien, weshalb im Rettungsfolterfall der Angriff gegen das Leben des Opfers nicht zugleich eine Verletzung seiner Würde darstelle. So soll nach *Kretschmer* ein Menschenwürdekonflikt im Rettungsfolterfall keineswegs bestehen, soweit das Leben nicht fälschlich mit der Menschenwürde gleichgesetzt werde.⁶⁶² Ähnliche Argumente finden sich auch bei der Diskussion über die *ticking time bomb*-Konstellation.⁶⁶³

Die überwiegende Ansicht in der Literatur besagt hingegen, dass im hier interessierenden Rettungsfolterfall auch die Menschenwürde des Opfers in Betracht zu ziehen ist. Dieser Meinung steht die Unstichhaltigkeit der Koppelungsthese eigentlich nicht entgegen, weil sie sich meistens⁶⁶⁴ gerade nicht auf diese These, sondern auf die Misshandlung des Opfers stützt. So wird einerseits argumentiert, dass das entführte Opfer „als freikaufbare Ware und Objekt eines Austauschgeschäftes behandelt und damit instrumentalisiert wird“,⁶⁶⁵ weshalb darin ein Verstoß gegen seine Würde zu erblicken sei.⁶⁶⁶ Dagegen wird zum Teil aufgrund eines Vergleichs mit dem Transfersystem unter den Sportvereinen eingewendet, dass die Reduzierung eines Menschen auf eine geldwerte Position – so ist es auch im Entführungsfall – nicht als Menschenwürdeverletzung zu qualifizieren sei.⁶⁶⁷ Dieser Vergleich übersieht allerdings, dass der Transfer in der Regel unter willensgetragener Mit-

⁶⁶¹ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 26. Aufl., 2010, Rdn. 382.

⁶⁶² Vgl. *Kretschmer*, RuP 2003, 108.

⁶⁶³ Nach *Jahn*, KritV 2004, 48 steht in der *ticking time bomb*-Konstellation nur Würde gegen Lebensrecht; die Koppelungsthese überzeugt hingegen nicht. Im Ergebnis so auch *Merten*, JR 2003, 407. Ihm zufolge handelt es sich bei der *ticking time bomb*-Konstellation nicht um eine Konstellation „Würde gegen Würde“, sondern „Würde gegen Leben“, obwohl die Detonation der chemischen Bombe den „qualvollen“ Tod vieler Tausend Menschen bedeuten würde. Siehe so weiter *Norouzi*, JA 2005, 309.

⁶⁶⁴ Die Bedrohung der Menschenwürde des Opfers versucht allerdings z.B. v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, Art. 1 Rdn. 79 anhand der Koppelungsthese zu begründen. Danach solle es bei der Bejahung einer Würdeverletzung des Opfers nicht darauf ankommen, ob die Bedrohung seines Lebens mit weiteren besonders menschenunwürdigen Umständen verbunden ist, weil die verfassungsrechtliche Würdegarantie auch das menschliche Leben als vitale Basis der Würde umfasse.

⁶⁶⁵ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 271.

⁶⁶⁶ Vgl. *Gintzel*, Die Polizei 2004, 252.

⁶⁶⁷ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 880.

wirkung des betroffenen Sportlers geschehen ist, weshalb eine Würdeverletzung wegen der Einwilligung des Sportlers ausscheidet.⁶⁶⁸ Im hier interessierenden Rettungsfolterfall wird das Entführungsoffer aber gegen seinen Willen und nur als Mittel zur Erlangung eines bestimmten Zieles des Entführers festgehalten, wodurch seine Selbstbestimmung und sein sozialer Achtungsanspruch in massiver Weise negiert werden.⁶⁶⁹ Die Menschenwürde des völlig der Willkür des Entführers ausgelieferten Opfers ist somit nach einer Ansicht in der Literatur sogar „in schwerster Form“ verletzt.⁶⁷⁰

Auf der anderen Seite könnte sich eine Würdeverletzung auch aus den Begleitumständen der Gefangenschaft des Entführungsoffers ergeben. Denn es wird – wie im „Daschner-Fall“ – in einer kleinen Hütte ohne erforderliche Versorgung eingesperrt und daher „viehisch“ behandelt.⁶⁷¹ Nach der Rechtsprechung in Deutschland kann die gemeinsame Unterbringung von fünf Gefangenen in einem 16 qm großen Haftraum⁶⁷² oder drei Gefangenen in einer Zelle von 11,54 qm⁶⁷³ bereits als Verletzung der Menschenwürde angesehen werden. Basierend auf diesen Entscheidungen wäre es durchaus möglich, die Einsperrung des entführten Kindes als einen Eingriff in seine Menschenwürde zu qualifizieren. Aus diesen Gründen fordert *Lüderssen* sogar, die Verletzung der Menschenwürde des entführten Opfers „ohne weiteres“ anzunehmen.⁶⁷⁴

bb) Staatliche Achtungs- und Schutzpflicht für die Würde

Ungeachtet des Dissenses⁶⁷⁵ über die konkreten Begründungslinien wird nach der Wende des BVerfG⁶⁷⁶ auch in der Literatur einhellig anerkannt, dass die Rechtsstaatlichkeit nicht zuletzt die Pflicht des Staates umfasst, „den Schutz der

⁶⁶⁸ Vgl. dazu *Kümmel*, Nötigung, S. 271. Dazu, dass ein Verzicht der Menschenwürde mindestens außerhalb des Kernbereichs möglich ist, siehe z.B. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 1 Rdn. 13; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Starck*, Art. 1 Rdn. 36.

⁶⁶⁹ Vgl. *Erb*, Jura 2005, 27; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 166 f.

⁶⁷⁰ Vgl. *Schmidt*, NJW 1973, 449 hinsichtlich der Geiselnahme.

⁶⁷¹ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 880.

⁶⁷² Vgl. BVerfG NJW 2006, 1580.

⁶⁷³ Vgl. OLG Frankfurt NSTZ 1985, 572.

⁶⁷⁴ Vgl. *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 702.

⁶⁷⁵ Vgl. dazu *Krings*, Schutzansprüche, S. 85 ff.; *Unruh*, Schutzpflichten, S. 26 ff.

⁶⁷⁶ Seit BVerfGE 39, 1 werden die Grundrechte vom BVerfG nicht mehr rein subjektiv, sondern auch als Elemente der durch das Grundgesetz zum Ausdruck kommenden objektiv-rechtlichen Wertordnung verstanden. Gerade aus diesem objektiv-rechtlichen Gehalt bzw. den objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte hat das BVerfG die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates abgeleitet (vgl. *Jaeckel*, Schutzpflichten, S. 47 f., 52 f.; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 96; *Unruh*, Schutzpflichten, S. 31 f.; *Ladiges*, Bekämpfung, S. 375).

Bürger durch Sicherung des inneren und äußeren Friedens zu gewährleisten“.⁶⁷⁷ Da in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine staatliche Schutzpflicht unbestritten statuiert ist, was den Schutz aller Menschen gegen Angriffe auf ihre Menschenwürde durch andere bedeutet,⁶⁷⁸ muss der Staat Maßnahmen treffen, um die Würde des Entführungsofers vor (weiteren) Verletzungen durch den Entführer zu bewahren. Auf der anderen Seite würde jedoch das einzige in Betracht kommende Abwehrmittel, nämlich die Rettungsfolter,⁶⁷⁹ gegen die Würde des Entführers verstoßen und dadurch die ebenfalls in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehene Achtungspflicht des Staates verletzen. Denn die Achtungspflicht ist gerade im Sinne eines Abwehrrechts gemeint, das dem Staat solche Handlungen verbietet, die die Menschenwürde – wenn auch des Entführers – verletzen.⁶⁸⁰ Somit könnten hier also zwei gegeneinander laufende Pflichten vorliegen: die staatliche Achtungspflicht zugunsten des Entführers einerseits und die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Opfers andererseits. Obwohl die beiden Pflichten anscheinend auch nicht zugleich verwirklicht werden könnten, darf nicht voreilig der Schluss gezogen werden, dass hier eine Pflichtenkollision gegeben ist. Ob eine solche Kollisionslage tatsächlich entsteht oder ob es sich dabei lediglich um eine Scheinkollision handelt, bedarf sorgfältiger Untersuchung.

b) Zur Ansicht gegen die Möglichkeit einer Würdekollision

In der Literatur wird vereinzelt angenommen, dass eine Menschenwürdekollision von vornherein nicht entstehen könne, „weil eine zum Schutz der Würde eines Menschen gebotene Maßnahme die Würde eines anderen Menschen nicht antastet“.⁶⁸¹ Ungeachtet der Unklarheit, ob sich das Wort „antasten“ hier auf den Schutzbereich der Menschenwürde bezieht oder eher rein empirisch-faktisch gemeint ist,⁶⁸² wird dieses Argument überwiegend für nicht überzeugend gehalten.⁶⁸³ Denn zum einen ist zu bedenken, dass sich der Täter nicht bereits tatbestandlich aus dem Schutzbereich der Menschenwürde ausscheiden lässt,⁶⁸⁴ denn – wie oben schon erwähnt – „wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“.⁶⁸⁵

⁶⁷⁷ Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 321.

⁶⁷⁸ Vgl. BVerfGE 1, 97, 104; 102, 347, 367; 107, 275, 284.

⁶⁷⁹ Zur Erforderlichkeit der Rettungsfolter als Abwehrmittel siehe oben Teil 3, V.C.2.

⁶⁸⁰ Vgl. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 1 Rdn. 11.

⁶⁸¹ Vgl. v. Münch/Kunig-Kunig, Art. 1 Rdn. 4. In diesem Sinne auch *Lübbe*, in: Lenzen (Hrsg.), *Folter*, S. 74 f., wonach die Würdeverletzung den „Eigenunwert“ eines Tuns bezeichnet, weshalb die Würde nicht als kollisionsfähiges Gut behandelt werden könne.

⁶⁸² Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 879.

⁶⁸³ Vgl. so im Ergebnis *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 701; *Glaeser*, FS für Isensee, S. 515; *Weilert*, Folterverbot, S. 168 ff.

⁶⁸⁴ So auch *Brugger*, VBIBW 1995, 450; *ders.*, JZ 2000, 169.

⁶⁸⁵ BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.

Andererseits ist auf die in diesem Ausdruck verborgene Prämisse der Vorrangigkeit der Schutzpflicht im Vergleich zur Achtungspflicht aufmerksam zu machen, die hier zu überprüfen ist. Letztlich lässt sich auch bezweifeln, dass Entführer und Opfer mit ihrer Würde nicht in Konflikt geraten können sollen, wenn dies bei den anderen Grundrechten – insbesondere im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis⁶⁸⁶ – oft der Fall ist⁶⁸⁷ und die Grundrechtskollision sogar als einer der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgründe anerkannt wird.⁶⁸⁸

Am Ergebnis ändert die Behauptung von *Pieroth* und *Schlink* nichts, dass eine Abwägung zwischen zwei kollidierenden Würdepositionen „im Ansatz verfehlt“ sei, „weil die einzelnen zwar mit ihren Interessen und Handlungen, aber nicht mit ihrer Menschenwürde in Kollision geraten“.⁶⁸⁹ Diese Ansicht steht dem hier zu ermittelnden Problem nur scheinbar entgegen. Denn nach der überwiegenden Meinung ist mit dem Ausdruck „Würde gegen Würde“ bzw. „Würdekollision“ ebenfalls nicht die Kollision der Schutzgehalte der Menschenwürde des Entführers und der des Opfers an sich, sondern die der aus dem Betroffensein resultierenden Achtungs- und Schutzpflicht gemeint.⁶⁹⁰

c) Rangverhältnis von Achtungs- und Schutzpflicht

Es bleibt weiter zu erörtern, ob der Konflikt zwischen Achtungs- und Schutzpflicht des Staates nur als eine bloße Scheinkollision anzusehen ist. Das wäre der Fall, wenn einer der beiden Pflichten gegenüber der anderen ein allgemeiner Vorrang gewährt werden sollte.

aa) Vorrang der Schutzpflicht?

Dass die Schutzpflicht generell Vorrang genießt, wäre nur denkbar, wenn man die Legitimation des Staates ausschließlich in seiner Sicherungsfunktion erblickt. Wären die grundrechtlichen Schutzpflichten aus der Sicherheit als *telos* des Staates herzuleiten,⁶⁹¹ könnten sie im Mittelpunkt des Grundgesetzes stehen. Dies lässt

⁶⁸⁶ Zum mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis eingehend *Calliess*, JZ 2006, 325 ff.

⁶⁸⁷ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 269 f.

⁶⁸⁸ Vgl. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Vorb. vor Art. 1 Rn. 48. Dazu, dass der Konflikt zwischen Schutz- und Achtungspflicht eine Hauptform der Grundrechtskollision darstellt, siehe *Sachs-Sachs*, vor Art. 1 Rdn. 129.

⁶⁸⁹ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 24. Aufl., 2008, Rdn. 365. Ihnen folgend bspw. *Brenneisen* u.a., in: ders./Staack/Kischewski (Hrsg.), Grundgesetz, S. 84 in Bezug auf den Einsatz von Bodyscannern.

⁶⁹⁰ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 879; *Kümmel*, Nötigung, S. 270.

⁶⁹¹ Vgl. *Isensee*, HdbStR V, § 111 Rdn. 83 ff. Zur Herleitung der staatlichen Schutzpflicht aus allgemeinen Erwägungen zum Zweck und zur Legitimation der Staatlichkeit siehe auch *Krings*, Schutzansprüche, S. 85 f.; *Unruh*, Schutzpflichten, S. 37 ff. Beide lehnen diese Begründung jedoch ab.

sich im Kontext des deutschen Grundgesetzes jedoch kaum vertreten. Denn die Grundrechte sind nach fast einhelliger Ansicht in Deutschland vor allem als Abwehrrechte bzw. *status negativus* ausgestaltet.⁶⁹²

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitsphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.“⁶⁹³

Die Grundrechte zielen also primär auf ein Unterlassen des Staates, auf die Abwehr staatlicher Eingriffe.⁶⁹⁴ Mit dieser Abwehrfunktion der Grundrechte, die in Deutschland sogar als wichtigster und klassischer Grundrechtsinhalt⁶⁹⁵ bzw. als Grund- oder Urfunktion⁶⁹⁶ der Grundrechte angesehen wird, sind aber sowohl die Herleitung der Schutzpflicht aus dem Staatszweck Sicherheit als auch ihre Vorrangigkeit schwer vereinbar. Zunächst einmal eignet sich die grundrechtliche Gewährleistung der Freiheitsphäre der Bürger nicht dazu, den Staatszweck Sicherheit zu verwirklichen. Ganz im Gegenteil erschwert sie meistens seine Verfolgung.⁶⁹⁷ Zum anderen würden die Grundrechte durch die Anerkennung der generellen Vorrangigkeit der Schutzpflicht von bürgerlichen Freiheitsrechten zu einer allgemeinen Pflichtenordnung umgewandelt werden. Letztlich könnte durch die zu weit gehende Aufwertung der Schutzpflicht, deren Inhalt oft unbestimmt bleibt, auch ein Verlust an Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit drohen.⁶⁹⁸ Deswegen ist es nicht verwunderlich, dass selbst *Isensee*, der in der Literatur als maßgeblicher Wegbereiter der Diskussion über Schutzpflichten bezeichnet wird und der die Herleitung der Schutzpflicht aus dem Staatszweck Sicherheit zu begründen versuchte, anerkannt hat, dass das Abwehrrecht das Maß bildet, an dem sich die anderen „modernen“ Funktionen der Grundrechte messen lassen müssen.⁶⁹⁹

Zahlreiche Entscheidungen sprechen auch gegen die Vorrangigkeit der Schutzpflicht. Als einer der Grenzfälle sind die Entscheidungen des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch heranzuziehen. Dort hat das Gericht festgestellt, dass die Reichweite der Schutzpflicht im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts einerseits und mit ihm kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen ist.⁷⁰⁰ Daher findet die Pflicht des Staates, das ungeborene menschliche Leben zu schützen, ihre Grenze im Recht der Mutter auf Leben und

⁶⁹² Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, § 5 Rdn. 4.

⁶⁹³ BVerfGE 7, 198, 204. Vgl. auch BVerfGE 50, 290, 337; 68, 193, 205.

⁶⁹⁴ Vgl. *Jarass/Pierothe-Jarass*, Vorb. vor Art. 1 Rn. 5.

⁶⁹⁵ Vgl. *Krings*, Schutzansprüche, S. 87.

⁶⁹⁶ Vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 94 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. *Krings*, Schutzansprüche, S. 98.

⁶⁹⁸ Vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 555 f.

⁶⁹⁹ Vgl. *Isensee*, HdbStR V, § 111 Rdn. 21.

⁷⁰⁰ Vgl. BVerfGE 88, 203, 254.

körperliche Unversehrtheit sowie in ihrem Persönlichkeitsrecht.⁷⁰¹ Würde man hier dagegen von einem Vorrang der Schutzpflicht ausgehen, so dürfte man in diesem Fall das Kind auch dann nicht abtreiben, wenn der Mutter durch das Austragen des Kindes schwerster gesundheitlicher Schaden und ggf. sogar der Tod drohte.⁷⁰² Zudem hat das BVerfG neuerdings auch ausdrücklich betont, dass staatliche Schutzpflichten selbst im Rahmen der Abwägung nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht dazu führen dürfen, „dass das Verbot unangemessener Grundrechtseingriffe unter Berufung auf grundrechtliche Schutzpflichten leer läuft“.⁷⁰³

Somit lässt sich feststellen, dass die Schutzpflicht keinen allgemeinen Vorrang gegenüber der Achtungspflicht besitzt. Für die Menschenwürdegarantie kann im Ergebnis nichts anderes gelten.⁷⁰⁴ Obwohl die Menschenwürde grundsätzlich als verfassungsimmanente Schranke für andere Grundrechte anzusehen ist, kann die Schutzpflicht der Würde jedoch „nicht unversehens zur Grundrechtsschranke anderer oder sogar des Menschenwürdeträgers selbst werden“.⁷⁰⁵

bb) Vorrang der Achtungspflicht?

Auf der anderen Seite ist aber in Deutschland heftig umstritten, ob von einem unbedingten Vorrang der Achtungspflicht ausgegangen werden kann. Während die h.M. diese Frage bejaht, besagt eine vordringende Ansicht in der Literatur, dass bei allgemeiner Betrachtung keine Asymmetrie im Verfassungsrecht zugunsten der Achtungspflicht herrscht.

(1) Die herrschende Meinung

Nach h.M. ist grundsätzlich den Abwehrrechten gegenüber den Schutzpflichten eine höhere Priorität zuzuerkennen.⁷⁰⁶ Nach liberalem Grundrechtsverständnis sol-

⁷⁰¹ Vgl. BVerfGE 88, 203, 254 ff.

⁷⁰² Vgl. v. *Bernstorff*, Der Staat 2008, 35. Seine Verknüpfung mit der Menschenwürde geht an dieser Stelle jedoch fehl, denn die Menschenwürde bildet mit dem Leben keine gekoppelte Einheit. In dieser Entscheidung ist das relevante Schutzgut nicht die Würde, sondern lediglich das menschliche Leben (vgl. *Krings*, Schutzansprüche, S. 71). Das BVerfG hat hier Art. 1 Abs. 1 GG eigentlich nur zur (zusätzlichen) Herleitung der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz zitiert. In diesem Sinne ist Art. 1 Abs. 1 GG in dieser Entscheidung nur als „Auslegungshilfe“ für Art. 2 Abs. 2 GG zu verstehen (vgl. *Hermes/Walther*, NJW 1993, 2339).

⁷⁰³ Vgl. BVerfGE 115, 320, 359.

⁷⁰⁴ Für einen unbedingten Vorrang der Schutzpflicht bei der Würdekollision jedoch *Bertram*, RuP 2006, 226.

⁷⁰⁵ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 38.

⁷⁰⁶ Vgl. nur *Jarass/Pieroth-Jarass*, Vorb. vor Art. 1 Rdn. 6; *Kersten*, NVwZ 2005, 662; *Lindner*, DÖV 2006, 580; *Weilert*, Folterverbot, S. 171 f.; *Sachs-Sachs*, Vor Art. 1 Rdn. 35.

len also – wie oben bereits erwähnt – die Grundrechte vor allem die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen des Staates sichern. Sie sind in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat. Dementsprechend muss auch das Abwehrrecht der Schutzpflicht vorgehen: Gerade der Vorrang der Freiheit des Einzelnen vor staatlicher Beschränkung asymmetriert die Abwägung zugunsten des Abwehrrechts gegenüber der Schutzpflicht.⁷⁰⁷

Der Vorrang der Achtungspflicht soll nach h.M. schon durch die Entstehungsgeschichte der Grundrechte bestätigt werden. Denn „in der Entwicklung der Grundrechtsidee und ihrer Positivierung in Verfassungstexten seit Ende des 18. Jahrhunderts stand die Abwehrfunktion der Grundrechte im Mittelpunkt“.⁷⁰⁸ Historisch gesehen entstand also die Idee der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat weit vor der Erkenntnis, dass die Grundrechte den Staat auch zum Schutz der Bürger verpflichten können.⁷⁰⁹ Die Abwehrdimension soll daher die historisch erste und nach wie vor wichtige Dimension der Grundrechte darstellen, die ja auch in der Formulierung als Freiheitsrechte Ausdruck gefunden hat.⁷¹⁰

Nicht selten wird zudem auch der strukturelle Unterschied zwischen Schutz- und Achtungspflicht als Grund für die Vorrangigkeit der Letzteren herangezogen. Danach wirkt der Abwehranspruch als Bewahrungsanspruch seinem Inhalt nach spezifisch-konkret. Der Abwehranspruch sichert also eine bereits vorhandene Rechtsposition und gebietet lediglich deren Achtung. Der abwehrrechtliche Gehalt der Grundrechte ist somit eindeutig und klar bestimmt: Er verlangt kein staatliches Handeln, sondern nur ein Unterlassen eines seinerseits bestimmten schon geschehenen oder beabsichtigten Eingriffsaktes.⁷¹¹ Im Gegenteil sind aber die Schutzpflichten ihrem Inhalt nach unbestimmt und unspezifisch. Die Schutzfunktion „führt regelmäßig nicht zu einem Anspruch auf eine bestimmte Leistung oder einen bestimmten Schutz, sondern nur zu einem Anspruch auf irgendeine Leistung oder irgendeinen Schutz mit nicht völlig unzulänglichem Charakter“.⁷¹² Es gibt daher zumeist mehr als eine Möglichkeit, die staatliche Schutzpflicht zu erfüllen. Die Schutzdimension ist somit auf einen Vollzug angewiesen, über den sie selbst nichts aussagt: Der Schutz durch positive Schutzmaßnahmen ist erst herzustellen. Dabei wird den verpflichteten Staatsorganen, zumal dem Gesetzgeber, weiter Spielraum gelassen.⁷¹³ In der Tat hat auch das BVerfG betont, dass der Staatsgewalt zur Erfül-

⁷⁰⁷ Vgl. *Kersten*, NVwZ 2005, 663.

⁷⁰⁸ Vgl. *Krings*, Schutzansprüche, S. 87. Dort findet sich ein guter Überblick über die Entstehungsgeschichte der Grundrechte mit Rechtsvergleichung zu den USA und zu Frankreich.

⁷⁰⁹ Vgl. *Weilert*, Folterverbot, S. 171 f.

⁷¹⁰ Dies hat selbst *Brugger*, VBIBW 1995, 450 anerkannt.

⁷¹¹ Vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 558 f.

⁷¹² *Jarass/Pieroth-Jarass*, Vorb. vor Art. 1 Rdn. 6.

⁷¹³ Vgl. *Sachs-Sachs*, Vor Art. 1 Rdn. 35.

lung ihrer Schutzpflicht große Spielräume zur Verfügung stehen.⁷¹⁴ Gerade aus diesem unterschiedlichen Maß an Bestimmtheit soll eine unterschiedlich starke Verpflichtung für den Staat folgen.⁷¹⁵ Insofern lässt sich der auf Bewahrung gerichtete Abwehranspruch als strukturell primär auffassen.⁷¹⁶

Zum Teil wird noch darauf hingewiesen, dass die Achtungspflicht aufgrund der Ungleichwertigkeit von Unterlassungs- und Handlungspflicht⁷¹⁷ Priorität vor der Schutzpflicht besitzt, weil sie lediglich ein (weniger Unrecht beinhaltendes) Nicht-handeln impliziert.⁷¹⁸ Da also die Verletzung eines Handlungsverbots „tendenziell“ schwerer wiegt als die Nichterfüllung eines Handlungsgebots, muss die Achtungspflicht vorrangig erfüllt werden.⁷¹⁹

(2) Die Gegenansichten

Anders als die h.M. sprechen sich einige Autoren gegen die grundsätzliche Vorrangigkeit der staatlichen Achtungspflicht aus. Ihrer Meinung nach sollen sich die verfassungsrechtliche Achtungs- und Schutzpflicht vielmehr gleichgeordnet gegenüberstehen. Insbesondere dürfen die Schutzpflichten des Staates im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis – vor allem in Extremfällen wie Rettungsfolter oder Abschuss eines entführten Flugzeugs – nicht generell hinter staatliche Achtungspflichten gestellt werden. Ein unbedingter Vorrang der Achtungspflicht ist danach nicht zu begründen.⁷²⁰

Dieser Meinung nach liefert die Entstehungsgeschichte der Grundrechte kein überzeugendes Argument für die Vorrangigkeit der Achtungspflicht. Historisch betrachtet waren Grundrechte eigentlich nicht als reine Abwehrrechte entwickelt worden,⁷²¹ weil sie in der Revolution „nicht als negative, antistaatliche Abwehrwaffe, sondern als zumeist legislatives Instrument gesamtgesellschaftlichen Um-

⁷¹⁴ Vgl. BVerfGE 77, 170, 214 f., wonach dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt bei der Erfüllung der Schutzpflichten „ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich“ zukommt; siehe ebenfalls BVerfGE 96, 56, 64 in Bezug auf die Gerichte. Vgl. auch BVerfGE 46, 160, 164; 115, 118, 159 f.; 117, 202, 227.

⁷¹⁵ Vgl. *Weilert*, Folterverbot, S. 172.

⁷¹⁶ Vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 559. Ähnlich *Welsch*, BayVBl. 2003, 484; *Weilert*, Folterverbot, S. 172. Die h.M. geht davon aus, dass die Schutzpflicht angesichts des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums nur von verminderter Geltungskraft ist (vgl. *Sachs-Murswiek*, Art. 2 Rdn. 32).

⁷¹⁷ Vgl. *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 72.

⁷¹⁸ Vgl. *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 117; *ders.*, FS für Nehm, S. 208; *Wolbert*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 94 mit Berücksichtigung der Erfüllungsmöglichkeit der Pflichten.

⁷¹⁹ Vgl. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 47.

⁷²⁰ Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 327 f.; *Hillgruber*, JZ 2007, 217; *H. Götz*, NJW 2005, 955; *Wittreck*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit, S. 179 ff.; *Ladiges*, Bekämpfung, S. 383; *Winkeler*, Bedingt abwehrbereit?, S. 175 ff.; *Jaeckel*, Schutzpflichten, S. 31.

⁷²¹ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 158.

baus dienen“ sollten.⁷²² Zweitens darf nicht vergessen werden, dass die Schutzpflichtfunktion bzw. die Gewährung der Sicherheit als Kompensation für die Akzeptanz des staatlichen Gewaltmonopols⁷²³ seit der Entstehung des Staates immer eine wichtige Rolle gespielt hat. So hat das BVerfG sogar einmal behauptet:

„Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“⁷²⁴

Zuletzt wird dieses historische Argument auch durch die mittlerweile um Leistungs- und Schutzrechte erweiterte Funktion der Grundrechte entkräftet, weshalb es heutzutage nicht mehr unproblematisch wäre.⁷²⁵

Zudem soll auch die Herleitung der Schutzpflicht nicht für den unbedingten Vorrang der Achtungspflicht sprechen. Die sogenannte abwehrrechtliche Lösung, wonach die Schutzpflicht allein aus dem abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte abzuleiten ist, ist wegen ihres Logikmangels in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen.⁷²⁶ Diese Lösung geht davon aus, dass dem Staat private Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter und Freiheiten anderer als (aktiver) Eingriff zugerechnet werden müssen, solange er sie nicht unterbindet oder sogar ausdrücklich gestattet.⁷²⁷ Eine solche Zurechnung ist logischerweise aber erst möglich, wenn eine Schutzpflicht des Staates bereits besteht: Die Gleichsetzung von unterlassener Schutzgewährung und aktivem Eingriff kann lediglich Folge der bestehenden Schutzpflicht, nicht aber deren Ursache sein.⁷²⁸ Auf die Annahme, dass das Fehlen eines Eingriffsverbots seitens des Staates die Bürger zur Duldung des Eingriffs der anderen verpflichtet,⁷²⁹ lässt sich diese Lösung ebenfalls nicht stützen. Denn ein vom Staat nicht ausdrücklich verbotenes Verhalten der Privatperson kann nicht unbedingt als gerechtfertigt oder erlaubt angesehen werden und eine Duldungspflicht der anderen auslösen.⁷³⁰ Leitet man hingegen wie das BVerfG und die überwiegende Ansicht in der Literatur die staatliche Schutzpflicht aus der objek-

⁷²² Vgl. Dreier-Dreier, Vorb. Rdn. 85. Vgl. auch Unruh, Schutzpflichten, S. 40 f.

⁷²³ Vgl. Calliess, JZ 2006, 321.

⁷²⁴ BVerfGE 49, 24, 56 f. Vgl. auch Glaeser, FS für Isensee, S. 518.

⁷²⁵ Vgl. Kümmel, Nötigung, S. 274.

⁷²⁶ Zur Kritik dieser Lösung, vgl. Krings, Schutzansprüche, S. 105 ff.; Dietlein, Schutzpflichten, S. 38 ff.; Geddert-Steinacher, Menschenwürde, S. 99 f.

⁷²⁷ Vgl. Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 213.

⁷²⁸ Vgl. Hermes, Grundrecht auf Schutz, S. 97.

⁷²⁹ Vgl. Murswiek, Staatliche Verantwortung, S. 182.

⁷³⁰ Vgl. dazu eingehend Dietlein, Schutzpflichten, S. 43 ff. mit dem Hinweis auf einen allgemeinen Nichtschädigungsgrundsatz der bürgerlichen Rechtsordnung (S. 46 f.) und das Argument, dass die Ausgleichsregelungen im Dreiecksverhältnis (Staat-Störer-Opfer) sowie die normativen Ausgestaltungen der einzelnen Gewährleistungen durch den Gesetzgeber nicht als „Duldungspflichten“ des Betroffenen verstanden werden können (S. 44 f.). Vgl. auch Klein, NJW 1989, 1639.

tiven Wertordnung oder „dem objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen“⁷³¹ ab, was bereits über den Gehalt der Grundrechte als Abwehrrecht hinausgeht, kann die Schutzpflicht konsequenterweise nicht ohne Weiteres der Achtungspflicht unterstellt werden.

Die Begründung auf der Basis des strukturellen Unterschieds zwischen Schutz- und Achtungspflicht wird auch von diesen Autoren für nicht überzeugend gehalten. Dass der Inhalt der auf ein staatliches Unterlassen eines konkreten Eingriffsaktes zielenden Achtungspflicht in der Regel spezifischer ist als der einer auf aktives Tun gerichteten Schutzpflicht, trifft zwar in der Sache zu. Zweifelhaft ist jedoch die Nutzbarmachung dieses Unterschieds zur Untermauerung der unbedingten Vorrangigkeit der Achtungspflicht. Denn es darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass bei einigen besonderen Umständen, zu denen auch der hier interessierende Rettungsfolterfall gehört, die Schutzpflicht sich auf das Gebotensein einer bestimmten Maßnahme verengen kann.⁷³² In dieser Konstellation ist die verfassungsrechtlich geforderte Schutzmaßnahme auch eindeutig und klar bestimmt, weshalb sich der Vorrang der Achtungspflicht hier nicht mehr durch den strukturellen Unterschied begründen lässt.⁷³³

Ebenso wenig überzeugend soll das Argument sein, dass Unterlassungs- und Handlungspflicht nicht gleichwertig seien. Denn eine solche Begründung stimmt bereits wegen § 13 StGB, wonach Unterlassen durchaus einem Tun entsprechen kann, bedenklich. Es lässt sich also nicht vertreten, dass Tun immer größeres Unrecht als Unterlassen ist. Somit hat hier der Unterschied zwischen Tun und Unterlassen für sich genommen keine Bedeutung.⁷³⁴

Gegen die h.M. wird des Weiteren eingewendet, dass die Erkennung der unbedingten Vorrangigkeit der Achtungspflicht dem in der modernen Gesellschaft üblich werdenden mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis (meistens Dreiecksverhältnis), in dem der Staat in eine „Zwickmühle“⁷³⁵ gerät und „seine Schutzpflicht aus tatsächlichen Gründen nur durch einen Eingriff in den Achtungsanspruch wahrnehmen kann“,⁷³⁶ nicht gerecht werden kann. Bei einer Kollision von Schutz- und Abwehrensanspruch verschiedener Bürger darf also der materielle Schutz des Eingriffsbetroffenen nicht einseitig zurückgestellt werden. Vielmehr muss der Staat für eine Balance sorgen. Das heißt, dass der Staat ggf. durch Eingriff seine Schutzpflicht erfüllen kann und sogar muss.

⁷³¹ BVerfGE 39, 1, 41 f.

⁷³² Vgl. BVerfGE 46, 160, 164 f.; 115, 118, 160.

⁷³³ Vgl. v. *Bernstorff*, *Der Staat* 2008, 27.

⁷³⁴ Vgl. *Hörnle*, FS für Herzberg, S. 563.

⁷³⁵ *Calliess*, JZ 2006, 326.

⁷³⁶ *Ladiges*, *Bekämpfung*, S. 376.

In der Tat ist der sogenannte Schutz durch Eingriff⁷³⁷ dem deutschen Recht nicht fremd. Der finale Rettungsschuss zeigt bereits deutlich, dass der staatlichen Schutzpflicht unter Umständen Vorrang gebührt.⁷³⁸ Nichts lässt sich auch den zwei Entscheidungen des BVerfG zur Kontaktsperre⁷³⁹ entnehmen, nach denen die Pflicht des Staates, Leben, Gesundheit und Freiheit der Bürger zu schützen, die Maßnahme (hier: Kontaktsperre), die empfindlich in Grundrechte von Untersuchungshäftlingen eingreift, bei Vorliegen bestimmter, hoher Voraussetzungen rechtfertigen könnte.⁷⁴⁰ Der Vorrang der Achtungspflicht kommt daher allenfalls dort in Betracht, wo dem Abwehrrecht gerade keine durch Parlamentsgesetz konkretisierte, sondern vielmehr unmittelbar aus dem Grundrechtskatalog zu entnehmende Schutzpflicht gegenübersteht.⁷⁴¹ Allerdings ist dies auch nicht unumstritten.⁷⁴² So hat etwa der VGH Kassel bereits im Jahr 1989 entschieden, dass die Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der betroffenen Bürger die Forschungs-, Berufs- und Gewerbefreiheit der Betreiber gentechnischer Anlagen einschränken kann,⁷⁴³ obwohl es damals noch keine Regelung gentechnischer Verfahren und Anlagen gab.⁷⁴⁴

(3) Streit im Zusammenhang mit der Menschenwürde

Auch im spezifischen Zusammenhang mit der Menschenwürde ist das Rangverhältnis von Achtungs- und Schutzpflicht umstritten. Die h.M. lehnt hier eben-

⁷³⁷ Vgl. *Unruh*, Schutzpflichten, S. 80 ff.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 560 ff.

⁷³⁸ Vgl. *Winkeler*, Bedingt abwehrbereit?, S. 176; v. *Bernstorff*, Der Staat 2008, 27; *Ladiges*, Bekämpfung, S. 381. Diesem Ergebnis kann nicht entgegengehalten werden, dass das Recht des Angreifers dort einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt. Denn der Gesetzesvorbehalt ist gerade eine der Hauptformen, durch die der Gesetzgeber der staatlichen Schutzpflicht genügt (vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 561 f.).

⁷³⁹ BVerfGE 46, 1 im Zusammenhang mit dem „Schleyer-Fall“ und BVerfGE 49, 24 zum Gesetz zur Änderung des EGGVG vom 30.9.1977.

⁷⁴⁰ Vgl. *Isensee*, HdbStR V, § 111 Rdn. 78; *Winkeler*, Bedingt abwehrbereit?, S. 170 ff.; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 204.

⁷⁴¹ Vgl. *Winkeler*, Bedingt abwehrbereit?, S. 177.

⁷⁴² Siehe zu der noch nicht erschöpfend behandelten Beziehung der Schutzpflicht zu dem Gesetzesvorbehalt und dem Vorbehalt des Gesetzes *Simon*, Sicherheitsstaat, S. 125 ff.; *Preu*, JZ 1991, 267 ff. Hier ist jedoch lediglich darauf hinzuweisen, dass die Schutzpflicht durch Verletzung oder Gefährdung der Rechtsgüter aktiviert wird (vgl. dazu *G. Hirsch*, NJW 1990, 1445) und nicht ausschließlich vom Gesetzgeber durch oder aufgrund eines Gesetzes zu erfüllen ist (vgl. *Simon*, Sicherheitsstaat, S. 129 ff.), weshalb es durchaus möglich ist, eine Schutzpflicht ohne Parlamentsgesetz unmittelbar aus dem Grundrechtskatalog zu entnehmen.

⁷⁴³ Vgl. VGH Kassel NJW 1990, 337.

⁷⁴⁴ Dass verfassungsrechtliche Schutzpflichten ausnahmsweise auch direkte Eingriffsbefugnisse (ohne Gesetz) verleihen können, vertreten *Brügger*, VBIBW 1995, 449; *Glaeser*, FS für Isensee, S. 521 f.; *Isensee*, HdbStR V, § 111 Rdn. 161. Nach *Glaeser* darf jedoch der ausschließlich aus Schutzpflichten abgeleitete unmittelbare Zwang keinesfalls die Schwelle der Folter bzw. der Verletzung der Menschenwürde überschreiten.

falls eine Gleichrangigkeit der beiden Pflichten ab. Danach soll die staatliche Schutzpflicht ihre Grenze in der Achtung der Menschenwürde finden.⁷⁴⁵ Die staatliche Schutzpflicht geht nämlich nie so weit, dass sie die Verletzung der Würde eines anderen Menschen verlangt.⁷⁴⁶ Das BVerfG geht auch davon aus, dass der Staat bei der Wahl der Mittel zur Erfüllung einer Schutzpflicht auf diejenigen Mittel beschränkt ist, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht. Die staatliche Schutzpflicht kann somit den Eingriff in den absolut geschützten Achtungsanspruch des Einzelnen auf Wahrung seiner Würde auf keinen Fall legitimieren.⁷⁴⁷

Der Ansatz, dass eine auf die Menschenwürde bezogene Unterlassungs- und eine auf die Schutzpflicht bezogene Handlungspflicht kollidieren können, und die ihm zugrunde liegende Annahme grundsätzlich gleichwertiger Pflichten, gehen nach h.M. hingegen fehl.⁷⁴⁸ Eine grundrechtsdogmatische Symmetrie der Achtungs- und Schutzpflicht hinsichtlich der Menschenwürde ist nicht gegeben.⁷⁴⁹ Zur Begründung wird zum Teil der Wortlaut der „Unantastbarkeit“ in Art. 1 Abs. 1 GG herangezogen. Denn die Würde eines jeden Einzelnen wird gerade deshalb als „unantastbar“ erklärt, damit nicht einmal eine partielle Einbuße mit einem insgesamt zu bewahrenden Würdeniveau verrechnet werden kann.⁷⁵⁰ Die Anerkennung einer gleichrangigen Schutzpflicht und der Möglichkeit, das Abwehrrecht durch diese einzuschränken, hätte nämlich zur Folge, dass die Menschenwürde des Einzelnen schließlich antastbar würde.⁷⁵¹ Zudem soll die Verpflichtung des Staates, die Menschenwürde aktiv nicht zu verletzen, stärker sein als die Verpflichtung, sie gegen andere zu schützen. Dies wird auch durch die Verbote zwangsweiser Bluttransfusionen und Organentnahmen belegt.⁷⁵² Schließlich wird argumentiert, dass der Staat bereits aus rein tatsächlichen Erwägungen heraus eine umfassende Schutzpflicht im Hinblick auf die Menschenwürde seiner Bürger nicht erfüllen kann. Denn eine solche Schutzpflicht setzte voraus, dass der Staat in jegliche Privatsphäre Einblick erhält. Dies ist aber nicht nur faktisch unmöglich, sondern auch wegen der damit

⁷⁴⁵ Vgl. *Roxin*, FS für Nehm, S. 208; *ders.*, FS für Eser, S. 466; *Welsch*, BayVBl. 2003, 484; *Ellbogen*, Jura 2005, 342; *Merten*, JR 2003, 407; *Hong*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 30 f.; *Weilert*, Folterverbot, S. 173 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rdn. 156; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rdn. 381a.

⁷⁴⁶ Vgl. *Epping*, Grundrechte, Rdn. 129, 623.

⁷⁴⁷ Vgl. BVerfGE 115, 118, 160; 115, 320, 358 f.

⁷⁴⁸ Vgl. *Welsch*, BayVBl. 2003, 484.

⁷⁴⁹ Vgl. *Merten*, JR 2003, 407.

⁷⁵⁰ Vgl. *Stübinger*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, S. 304.

⁷⁵¹ Vgl. *Welsch*, BayVBl. 2003, 484; v. *Bernstorff*, Der Staat 2008, 35.

⁷⁵² Vgl. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 47 f. Siehe so auch *Kretschmer*, RuP 2003, 108. Danach besteht keine staatliche Schutzpflicht, bedrohtes Menschenleben mittels Verletzung der Menschenwürde zu erhalten.

verbundenen Würdeverletzung des Betroffenen im engsten privaten Bereich verfassungsrechtlich verboten.⁷⁵³

Einige Autoren vertreten hingegen die Ansicht, dass in Bezug auf die Menschenwürdegarantie nicht von einer Vorrangigkeit der Achtungspflicht ausgegangen werden kann.⁷⁵⁴ Selbst wenn die These, dass die Schutzpflichtdimension generell schwächer ausgeprägt ist als die Abwehrdimension, dem Grundsatz nach Zustimmung verdienen dürfte, soll sie jedenfalls im Zusammenhang mit der Menschenwürde nicht gelten.⁷⁵⁵ Denn gerade der Text des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, in dem nicht nur eine Achtungs-, sondern auch eine Schutzpflicht ausdrücklich angeordnet wird, macht deutlich, dass die beiden Pflichten gleich wichtig sind.⁷⁵⁶ Da die Schutz- und Achtungspflicht im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG durch Inkrafttreten des Grundgesetzes gleichzeitig festgestellt wurden, kann die Abwehrdimension nicht als die ursprüngliche angesehen werden.⁷⁵⁷ Der Hinweis auf die Unantastbarkeitsformel vermag deswegen nicht zu überzeugen, da kein stichhaltiger Grund besteht, wieso sich die Unantastbarkeit in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG lediglich auf „achten“ und nicht zugleich auf „schützen“ bezieht, obwohl Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG von beidem spricht.⁷⁵⁸

Auch der Vergleich mit den Verboten zwangsweiser Bluttransfusionen und Organentnahmen führt nach diesen Autoren nicht weiter. Denn dort besteht gerade keine Konstellation „Würde gegen Würde“: Seitens des zu rettenden Kranken wird in der Regel nur das Recht auf Leben betroffen;⁷⁵⁹ seitens des Spenders kann angesichts §§ 81 a, c StPO, 372 a ZPO auch nicht ohne Weiteres von einer Verletzung der Menschenwürde ausgegangen werden.⁷⁶⁰ Darüber hinaus handelt es sich bei der Blut- und Lebendorganspende nicht um ein hier interessierendes Dreiecksverhältnis, weil dort der Spender keine (fortwährende) Gefahrensituation geschaffen hat.⁷⁶¹ Nichts anderes soll beim Hinweis auf die aktive und passive Sterbehilfe gelten. Dass die staatliche Schutzpflicht ihre Grenze in der Achtung der Menschen-

⁷⁵³ Vgl. *Weilert*, Folterverbot, S. 173 f.

⁷⁵⁴ Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 450; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Starck*, Art. 1 Rdn. 79; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 156 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 21 Rdn. 55; *Wittreck*, in: *Blaschke u.a.* (Hrsg.), *Sicherheit*, S. 181; *Kümmel*, Nötigung, S. 274 ff.; *Ekardt*, NJ 2006, 65; *Gromes*, Präventionsfolter, S. 240; *H. Götz*, NJW 2005, 955; *Glaeser*, FS für *Isensee*, S. 515; *Gebauer*, NVwZ 2004, 1407.

⁷⁵⁵ Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 450; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 156 ff.

⁷⁵⁶ Vgl. *Wittreck*, in: *Blaschke u.a.* (Hrsg.), *Sicherheit*, S. 181; *Gebauer*, NVwZ 2004, 1407.

⁷⁵⁷ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 158.

⁷⁵⁸ Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 450; *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 158 f.

⁷⁵⁹ Hingegen geht *Kretschmer*, RuP 2003, 108 ohne Begründung davon aus, dass die Würde des Kranken auch tangiert wird.

⁷⁶⁰ Vgl. *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 49.

⁷⁶¹ Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 273.

würde findet, ist für diese Autoren auch nur ein bereits von der Prämisse der Vorrangigkeit der Achtungspflicht geprägtes und daher an dieser Stelle nicht aussagekräftiges Argument.

cc) Zwischenergebnis

Während in Deutschland kaum vertreten wird, dass die staatliche Schutzpflicht allgemeinen Vorrang gegenüber der Achtungspflicht besitzt, ist hingegen umstritten, ob ein unbedingter Vorrang der Achtungspflicht anzunehmen ist. Folgt man der h.M., nach der das Achtungsrecht der Schutzpflicht immer vorgeht, liegt im hier interessierenden Rettungsfolterfall lediglich eine Scheinkollision vor, weshalb die Würdegarantie des Entführers nicht durch die Würde des Entführungsofners eingeschränkt werden kann. Eine in der Literatur weit verbreitete Ansicht besagt aber, dass die verfassungsrechtliche Achtungs- und Schutzpflicht – auch unter Bezugnahme auf die Menschenwürdegarantie – gleichrangig sind. Insbesondere in Extremfällen wie Rettungsfolter oder Abschuss eines entführten Flugzeuges darf der materielle Schutz des Eingriffsbetroffenen nicht generell zurückgestellt werden, weshalb der staatlichen Schutzpflicht unter Umständen Vorrang gebühren soll. Von dieser Ansicht ausgehend ist es gerechtfertigt anzunehmen, dass im hier interessierenden Rettungsfolterfall eine Pflichtenkollision in Form von „Würde gegen Würde“ entstanden ist. Eine solche Pflichtenkollision an sich bedeutet aber noch nicht, dass sie auch zugunsten des Entführungsofners gelöst werden muss. Daher ist weiter zu prüfen, ob der Einsatz der Rettungsfolter zulässig ist.

d) Abwägung „Würde gegen Würde“ im Rettungsfolterfall

Nicht zu Unrecht wird die schwer lösbare Kollision „Würde gegen Würde“ in der Literatur teilweise als „Pattsituation“⁷⁶² bezeichnet.⁷⁶³ Trotz aller Schwierigkeiten ist jedoch ein Ausweg zu finden. Die Annahme eines rechtsfreien Raums überzeugt auch hier nicht.⁷⁶⁴ Eine Pflichtenkollision solcher Art kann aber nur durch das Instrument einer mehrpoligen Güterabwägung gelöst werden, „in deren

⁷⁶² Vgl. *Fahl*, JR 2004, 190; *Wittreck*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit, S. 183; *Erb*, NStZ 2005, 599.

⁷⁶³ Unzutreffend behauptet *Gintzel*, Die Polizei 2004, 251, 253 f., dass im Rettungsfolterfall zwei aufgrund eines einzigen Rechtssatzes (Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitete Handlungspflichten kollidierten. Eine solche Kollision unterscheidet sich von der Kollision, bei der die Pflichten sich aus zwei verschiedenen Rechtssätzen ergeben. Sie sei daher „unlösbar“ und solle als besonderer Rechtfertigungsgrund angesehen werden. Diese Ansicht verkennt jedoch einerseits, dass die Achtungspflicht hier kein Handlungsgebot, sondern ein Handlungsverbot bedeutet, und andererseits, dass eine Kollision zwischen zwei Handlungspflichten im Rahmen desselben Rechtssatzes seit Langem keine Neuheit mehr im deutschen Recht ist (vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 115).

⁷⁶⁴ Vgl. oben Teil 3, V.E.3.d).

Rahmen die Wechselbezüge zwischen den Rechtspositionen des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses berücksichtigt und zum Ausgleich gebracht werden können und müssen“.⁷⁶⁵ Auch das BVerfG geht davon aus, dass die Reichweite der Schutzpflicht im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts einerseits und mit ihm kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen ist.⁷⁶⁶ Daher ist im Folgenden festzustellen, welche Faktoren in die Abwägung einbezogen werden sollen und wie stark ein einzelner Abwägungsfaktor ins Gewicht fällt.

aa) Vorrang der Menschenwürde des Entführungsoffers?

(1) Ansichten für den Vorrang der Würde des Opfers

Nach einem Teil der Literatur soll die Würdekollision hier zulasten des Entführers gelöst werden. Bei der Abwägung zwischen der Würdeverletzung seitens des Entführers und seitens des Opfers im Sinne der Verhältnismäßigkeit⁷⁶⁷ sei also die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Würde des Entführungsoffers vorrangig geschützt werden müsse.

Zur Begründung wird erstens darauf hingewiesen, dass die Würdeverletzung seitens des Entführungsoffers unter Berücksichtigung ihrer Dauer und Intensität als die schwerere einzustufen sei. Dies sei insbesondere der Fall, wenn das Recht des Entführungsoffers auf Leben, das auch durch die Rettungsfolter geschützt werden kann, ins Kalkül gezogen wird. So hat *Wittreck* zwar anerkannt, dass an dieser Stelle die Eigenschaft der Folter besonders an Gewicht gewinnen soll, weil „die Folter in jeder Form unstreitig zu den gravierendsten Eingriffen in die Menschenwürde zählt“. Seiner Meinung nach schließt dies aber nicht aus, dass die Rettungsfolter dennoch zur Abwehr „schwerster und insbesondere irreparabler Würdeverletzungen“ legitimiert wird. Die Rettungsfolter sei somit zuzulassen, wenn dadurch ein „in einem Erdverlies regelrecht begrabene[s] Entführungsoffer, das dort elend zugrunde zu gehen droht“, gerettet werden könne.⁷⁶⁸ In diesem Sinne argumentiert auch *Wagenländer*, dass „das Entführungsoffer möglicherweise tage- oder sogar wochenlang festgehalten wird und mit der Ungewissheit leben muss, ob es jemals wieder lebend freikommt“. Im Vergleich dazu soll die dem Entführer durch die Rettungsfolter drohende Würdeverletzung die weniger intensive sein, weshalb die Abwägung zwischen der Würdebeeinträchtigung des Entführers und der Würde-

⁷⁶⁵ Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 329.

⁷⁶⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203, 254.

⁷⁶⁷ Da die Rettungsfolter einen legitimen Zweck (hier: Gefahrenabwehr) verfolgt und auch für die Erreichung dieses Ziels geeignet sowie erforderlich (vgl. oben Teil 3, V.C.) ist, ist hier freilich vor allem nach der Angemessenheit bzw. der Verhältnismäßigkeit der Rettungsfolter i.e.S. zu fragen.

⁷⁶⁸ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 881.

verletzung des Opfers zuungunsten des Ersteren ausfallen müsse.⁷⁶⁹ Nicht zuletzt spricht *H. Götz* von einer „qualifizierte(n) Form der Würdeverletzung“ beim Opfer, weil neben den menschenunwürdigen Umständen seiner Einsperrung auch sein Lebensrecht zu berücksichtigen sei. Daher sei die Menschenwürde des Entführungsopfers „weitaus stärker“ betroffen als die des Entführers.⁷⁷⁰

Als ein weiteres Argument wird das Verschulden des Entführers herangezogen. So soll nach *Wagenländer* die Tatsache, dass das Entführungsoffer sich rechtstreuhaltend verhält, während der Entführer die Grenzen des Rechts überschritten hat, dafür sprechen, dass der Schutz der Würde des Opfers ein übergeordnetes Interesse darstelle.⁷⁷¹ Auch *Brugger* führt insofern aus, dass nur der gefolterte Täter (hier also der Entführer) sich dem Eingriff entziehen kann, das Opfer aber nicht. Nur dem Gefolterten sei der Rückzug in die Sphäre rechtmäßigen Verhaltens zumutbar.⁷⁷² Diesen Aspekt unterstreicht des Weiteren auch *Engländer*. Seiner Meinung nach ist bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ zu berücksichtigen, dass die alleinige oder zumindest primäre Verantwortung für die Störung des Rechtsverhältnisses beim Angreifer (hier: dem Entführer) liegt und es damit keinen Grund gibt, seine Würde höher zu gewichten als die des Opfers.⁷⁷³

(2) Zur Kritik

Für viele andere Autoren, insbesondere die Vertreter der h.M., sind freilich sowohl dieses Ergebnis als auch seine Begründung nicht überzeugend. Zum Teil wird bereits die Möglichkeit einer Abwägung „Würde gegen Würde“ anhand der Dauer und Intensität der Würdeverletzung infrage gestellt. So weist z.B. *Stübinger* darauf hin, dass sich eine solche Abwägung auf die Kategorie einer vermeintlichen Quantität der Würde bzw. die Messbarkeit ihrer Missachtung stützt. Diese Prämisse ist aber „besonders problematisch“, denn die Würde eignet sich gerade nicht dazu, derartige Volumenberechnungen vorzunehmen, nach denen ein „bisschen“ Würdeverlust auf der einen Seite durch die Wiedergewinnung einer vollkommenen Würde an einer anderen Stelle ausgeglichen werden könnte.⁷⁷⁴ Für problematisch gehalten wird es auch, an dieser Stelle das Recht des Opfers auf Leben heranzuziehen. Da es

⁷⁶⁹ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 169.

⁷⁷⁰ Vgl. *H. Götz*, NJW 2005, 956.

⁷⁷¹ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 168 f.

⁷⁷² Vgl. *Brugger*, VBIBW 1995, 451.

⁷⁷³ Vgl. *Engländer*, Nothilfe, S. 340 f. Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn eine Privatperson zur Rettung des Opfers Nothilfe gegen den Angreifer übt. *Engländer* spricht sich im Ergebnis auch gegen die Rettungsfolter durch Hoheitsträger aus, weil sich die Eingriffsbefugnisse des Hoheitsträgers ausschließlich nach den Vorschriften des staatlichen Gefahrenabwehrrechts bestimmen müssen.

⁷⁷⁴ Vgl. *Stübinger*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, S. 303 f.

also bei der Kollision „Würde gegen Würde“ ausschließlich um eine Abwägung innerhalb des Art. 1 Abs. 1 GG geht, muss das erst in Art. 2 Abs. 2 GG vorgesehene Recht auf Leben, das sich in Rang, Struktur und Schutzrichtung von der Menschenwürde unterscheidet und nicht mit dieser in einer Einheit steht, hier außer Betracht bleiben. Sonst würde die rechtliche Trennung von Art. 1 GG und den nachfolgenden Grundrechten verwischt. Er darf nämlich nicht durch die Addition zweier verschiedener Rechtsgüter die besondere Bedeutung der Menschenwürde umgangen werden: Menschenwürde und Lebensschutz sind nach ihrem Gewährleistungsgehalt strikt zu trennen.⁷⁷⁵

Nach zahlreichen Autoren soll für die Abwägung auch die Tatsache bedeutungslos sein, dass das Opfer sich rechtstreu, der Entführer hingegen rechtswidrig verhält. In der Begründung der Ansicht für den Vorrang der Würde des Opfers versteckt sich die normative Präsupposition, dass der Schutz des Rechtsbrechers geringer ausfallen dürfe als der Schutz des Unschuldigen.⁷⁷⁶ Diese trifft nach h.M. aber nicht zu. Denn trotz seiner abscheulichen Tat soll der Entführer dieselbe Menschenwürde wie ein Unschuldiger haben. Die Würde des Entführers wird also nicht durch sein vorheriges rechtswidriges Verhalten – völlig oder teilweise – verwirkt.⁷⁷⁷

bb) Folterverbot im Völkerrecht

(1) Zum absoluten Folterverbot im internationalen Recht

Für die Lösung der hier thematisierten Pflichtenkollision sind auch die Vorschriften im internationalen Recht zum absoluten Folterverbot zu berücksichtigen.⁷⁷⁸ Besonders ins Gewicht fallen für Deutschland Art. 3 sowie Art. 15 Abs. 2 EMRK, wonach niemand – und unter keinen Umständen – der Folter ausgesetzt werden darf. Dieses Folterverbot des Art. 3 EMRK, das „einen der Grundwerte jeder demokratischen Gesellschaft schützt“,⁷⁷⁹ wirkt sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach der Systematik der EMRK absolut⁷⁸⁰ und ist daher selbst zum Schutz

⁷⁷⁵ Vgl. Kümmel, Nötigung, S. 282 f.

⁷⁷⁶ Vgl. Jahn, KritV 2004, 48.

⁷⁷⁷ Vgl. Bamberger/Moll, RuP 2007, 148. Dazu auch oben Teil 3, V.E.1.a)bb).

⁷⁷⁸ Zum Überblick hinsichtlich des absoluten Folterverbots in völkerrechtlichen Dokumenten siehe Lamprecht, Darf der Staat foltern?, S. 87 ff.; Sonderegger, Folter, S. 69 ff.

⁷⁷⁹ EGMR, Entscheidung vom 7.10.2004 - 33743/03 (*Dragan and others v. Germany*), NVwZ 2005, 1044.

⁷⁸⁰ Vgl. nur EGMR, Urteil vom 7.7.1989 - 14038/88 (*Soering v. the United Kingdom*), NJW 1990, 2184; Jahn, KritV 2004, 32; Guckelberger, VBIBW 2004, 126 f.; Welsch, BayVBl. 2003, 486; KK-Schädler, Art. 3 MRK Rdn. 2. EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 12, 107, 111 plädiert zwar für eine Erwägung bzw. eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK, spricht sich jedoch am Ende (Rdn. 110) ebenfalls gegen eine Rechtfertigung der Rettungsfolter aus. A. Peters, Einführung, S. 44

der nationalen Sicherheit oder zur Terrorismusbekämpfung nicht einschränkbar.⁷⁸¹ Es lässt keine Ausnahme, keinen Rechtfertigungsgrund und keine Interessenabwägung zu und gilt unabhängig vom Verhalten des Betroffenen und der Motivation der Behörden. Nach den neueren Entscheidungen des EGMR kann auch die Rettungsfolter keine Ausnahme zum Folterverbot darstellen.⁷⁸² Auf außereuropäischer Ebene gibt es auch zahlreiche völkerrechtliche Vorschriften, die Folter ohne Einschränkung verbieten. So ist etwa in Art. 7 Satz 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) ein Folterverbot vorgesehen, das nach Art. 4 Abs. 1 und 2 IPbPR selbst „im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht“, gilt. Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention regelt ebenfalls ausdrücklich, dass außergewöhnliche Umstände, seien es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden dürfen.

Durch diese ohne Ausnahme gestalteten Vorschriften hat das Folterverbot – so auch die h.M. in Deutschland – bereits „eindeutig als zwingendes Völkergewohnheitsrecht“⁷⁸³ *ius cogens*-Charakter.⁷⁸⁴ Das Folterverbot ist also nach der Definition in Art. 53 Satz 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) eine Norm solcher Art, „die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt ist, von der keine Abweichung erlaubt ist und die nur durch eine nachfolgende Norm des allgemeinen Völkerrechts, die denselben Charakter trägt, abgeändert werden kann.“ Da die zu schaffende Erlaubnisnorm der Rettungsfolter – selbst wenn man für ihre Zulässigkeit plädiert – keinesfalls als zwingendes Völkergewohnheitsrecht zu qualifizieren ist, kann das absolute Folterverbot auch nicht durch die Rettungsfolter relativiert werden.⁷⁸⁵

Nach *Brugger* beinhaltet allerdings die EMRK in Art. 3 und 15 einerseits und in Art. 2 andererseits zwei unterschiedliche Wertungen. Zwischen dem Folterverbot und der Einschränkung des Rechts auf Leben bestehe somit wiederum eine Wertungslücke. Da im Rettungsfolterfall die Wertung des Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK als vorrangig anzusehen sei, solle das Folterverbot nach Art. 3 und 15 EMRK teleologisch reduziert werden.⁷⁸⁶ Diese Ansicht erhält kaum Zustimmung in

hat auch anerkannt, dass Folter nach Art. 3 EMRK unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist, obwohl es einige in Art. 3 EMRK immanente Schranken in Bezug auf die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung geben könnte.

⁷⁸¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 15.11.1996 - 22414/93 (*Chahal v. the United Kingdom*), NVwZ 1997, 1093.

⁷⁸² Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 700; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

⁷⁸³ Vgl. nur *Niewerth*, NVwZ 1997, 233.

⁷⁸⁴ Vgl. EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 4; *Jahn*, KritV 2004, 33 f.; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 205; *Stein*, Verbot der Folter, S. 246 ff.; *Sonderegger*, Folter, S. 99 ff. m.w.N.

⁷⁸⁵ Vgl. auch *Kümmel*, Nötigung, S. 309 ff.

⁷⁸⁶ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, 169 f.

Deutschland. Denn gerade im Vergleich zum Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK zeigt der eindeutige Wortlaut des Art. 3 EMRK, dass vom Folterverbot keine, nicht einmal eng begrenzte Ausnahmen möglich sein sollen. Systematisch wird dies noch durch Art. 15 Abs. 2 EMRK bestätigt, wonach das Folterverbot zu den notstandsfesten Rechten zählt. Hingegen wird ein Abweichen von dem durch Art. 2 EMRK garantierten Recht auf Leben bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen zugelassen.⁷⁸⁷ Die EMRK differenziert somit bewusst zwischen dem Recht auf Leben und dem Folterverbot, das vor allem dem Schutz der Menschenwürde dient. Sowohl der Wortlaut des Art. 3 EMRK als auch die Systematik der EMRK sprechen dafür, dass die Menschenwürde des Betroffenen durch die EMRK in einem deutlich höheren Maß garantiert wird als das Recht auf Leben.⁷⁸⁸ Somit gibt es keinen Raum dafür, die in Art. 3 und 15 EMRK zum Ausdruck kommende Wertung im Lichte des Art. 2 Abs. 2 EMRK als „nicht angemessen“ zu bewerten⁷⁸⁹ und eine Relativierung des Folterverbots in EMRK aufgrund einer sogenannten Wertungslücke anzunehmen.⁷⁹⁰

Schlenzka versucht eine Relativierung des Folterverbots im Völkerrecht zu begründen. Ihrer Meinung nach ist zwischen öffentlichem und privatem Notstand zu differenzieren: Während der öffentliche Notstand überindividuelle, dem Staat als Institution zustehende Rechtsgüter zu schützen suche, diene der private Notstand dem individuellen Rechtsgüterschutz.⁷⁹¹ Das absolute Folterverbot im Völkerrecht solle nur auf Fälle des öffentlichen Notstands beschränkt werden, weshalb die Folter zur Rettung des Lebens nicht dagegen verstoße.⁷⁹² Zur Begründung wird der Wortlaut des IPbPR herangezogen. In Art. 4 Abs. 1 IPbPR ist vorgesehen, dass im Fall eines öffentlichen Notstands die Vertragsstaaten Maßnahmen ergreifen können, die ihre Verpflichtungen aus diesem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, außer Kraft setzen. Dort regelt Abs. 2 weiter, dass aufgrund dieser Bestimmung Art. 7 IPbPR (also das Folterverbot) nicht außer Kraft gesetzt werden darf. Nach *Schlenzka* lässt diese Vorschrift „keinen Zweifel daran“, dass „nur“ der öffentliche Notstand kein Grund zur Einschränkung des Art. 7 IPbPR sein könne.⁷⁹³ Nichts anderes solle bei Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention gelten. Denn dort werde auch nur explizit von „öffentlichen Notständen“ gesprochen.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ Vgl. *Grabenwarter/Pable*, EMRK, § 20 Rdn. 32.

⁷⁸⁸ Vgl. *Ziegler*, KritV 2004, 60.

⁷⁸⁹ So aber *Brugger*, JZ 2000, 170.

⁷⁹⁰ Vgl. so auch *Sonderegger*, Folter, S. 120 ff.; *Weilert*, Folterverbot, S. 61 f.

⁷⁹¹ Vgl. *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 342.

⁷⁹² Ebenda, S. 347.

⁷⁹³ Ebenda, S. 343 f.

⁷⁹⁴ Ebenda, S. 344.

Diese Auslegung ist aber schwer verständlich. Nach dem Wortlaut des Art. 7 Satz 1 IPbpR soll vielmehr das Folterverbot absolut gelten. Die Regelung in Art. 4 Abs. 2 IPbpR untermauert lediglich dieses Verbot, indem sie die Relativierbarkeit aufgrund eines öffentlichen Notstands ausdrücklich ausschließt. Daraus lässt sich aber keinesfalls folgern, dass das Folterverbot nach Art. 7 Satz 1 IPbpR nur im Fall des öffentlichen Notstands absolut gilt. Wäre diese Folgerung richtig, dann gäbe es auch keinen Grund dafür, dass das Folterverbot ausschließlich im sogenannten privaten Notstand außer Kraft gesetzt werden darf. So könnte sich der Staat mit irgendeiner Ausrede, solange sie nur nichts mit öffentlichem Notstand zu tun hat, über das Folterverbot hinwegsetzen. Da in Art. 4 Abs. 2 IPbpR neben dem Folterverbot auch etwa Art. 6 und 8 IPbpR erwähnt werden, sollte nach *Schlenzkas* Begründung auch davon auszugehen sein, dass nur im Fall eines öffentlichen Notstands jeder Mensch ein angeborenes Recht auf Leben hätte und auch nur in einem solchen Fall niemand willkürlich seines Lebens beraubt werden oder in Sklaverei gehalten werden dürfte. Dieses Ergebnis ist freilich absurd. Gleichfalls ist *Schlenzkas* Auslegung des Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention verfehlt. Denn dort ist sogar ausdrücklich vorgesehen, dass außergewöhnliche Umstände „gleich welcher Art“ nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden dürfen. Der Ausdruck „gleich welcher Art“ zeigt deutlich, dass das Folterverbot ohne Ausnahme gilt. Die aufgelisteten Situationen öffentlichen Notstands in dieser Vorschrift dienen lediglich als veranschaulichende Beispiele dafür, dass selbst in diesen extremen Fällen keine Folter erlaubt sein darf.

Dass die Einschränkung des Folterverbots auf Fälle des öffentlichen Notstands nicht stichhaltig ist, zeigen auch deutlich die Entscheidungen des EGMR. In Art. 15 Abs. 1 und 2 EMRK sind ähnliche Regelungen wie in Art. 4 Abs. 1 und 2 IPbpR vorgesehen. Dennoch hat der EGMR nicht die Schlussfolgerung gezogen, dass das Folterverbot in Art. 3 EMRK nur in Fällen des öffentlichen Notstands absolut gilt. Im Gegenteil hat er im Kontext des „Daschner-Falls“ ausdrücklich entschieden, dass die in Art. 3 EMRK geregelten Verhaltensweisen, unter die nicht zuletzt Folter fällt, auch zur Rettung des Lebens eines Menschen absolut verboten sind. Denn wenn das Folterverbot selbst im Fall eines öffentlichen Notstands gilt, der das Leben der Nation bedroht, soll es *a fortiori*, also erst recht im Notfall gelten, in dem das Leben einer Person gefährdet ist.⁷⁹⁵ Eine Einschränkung des Folterverbots aufgrund der Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Notstand will der EGMR somit auf keinen Fall annehmen.

⁷⁹⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 700; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

(2) Die Wirkung in der deutschen Rechtsordnung

Im Folgenden ist weiter zu erörtern, ob und wie das absolute Folterverbot im Völkerrecht die Lösung der Würdekollision im hier interessierenden Rettungsfolterfall beeinflussen kann. Da diese Würdekollision auf der verfassungsrechtlichen Ebene besteht, kann sich das völkerrechtliche Folterverbot nur dann auf die Lösung dieser Kollision auswirken, wenn es in Deutschland Verfassungs- oder sogar Überverfassungsrang hat oder mindestens bei der Auslegung des Verfassungsrechts zu berücksichtigen ist.

Nach der in Deutschland herrschenden Lehre des Dualismus sind Völkerrecht und innerstaatliches deutsches Recht eigenständige, unabhängig voneinander existierende Rechtsordnungen, die aber miteinander verschränkt sind. Ein völkerrechtlicher Vertrag wird somit in Deutschland erst durch ein innerdeutsches Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG innerstaatlich wirksam.⁷⁹⁶ Um die Arten der nationalen Geltung von Völkerrecht besteht in Deutschland noch Streit zwischen der Transformationslehre und der – zurzeit überwiegend vertretenen – Vollzugstheorie. Während Erstere besagt, dass Völkervertragsrecht durch ein Vertragsgesetz in nationales Recht umgeformt wird und als innerstaatliches Recht anzuwenden ist,⁷⁹⁷ müssen die völkervertragsrechtlichen Bestimmungen nach der Vollzugstheorie im Inland zur Anwendung gebracht werden, ohne ihre Eigenschaft als Völkerrecht zu verlieren.⁷⁹⁸

Ungeachtet dieses Dissenses wird in Deutschland weitgehend anerkannt, dass ein völkerrechtlicher Vertrag, der durch ein Vertragsgesetz innerstaatlich wirksam wird, den Rang dieses Gesetzes hat.⁷⁹⁹ Er steht somit hierarchisch auf der Stufe einfachen Bundesrechts.⁸⁰⁰ Da sowohl der UN-Antifolterkonvention⁸⁰¹ als auch dem IPbPR⁸⁰² jeweils durch ein Zustimmungsgesetz die Geltung als innerstaatliches deutsches Recht verliehen wurde, kommt den beiden auch der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Nichts anderes gilt bei der EMRK, die ebenfalls durch ein Vertragsgesetz⁸⁰³ in Deutschland wirksam geworden ist.⁸⁰⁴ Das BVerfG hat auch in einer Reihe von Entscheidungen festgestellt, dass die EMRK im Rang

⁷⁹⁶ Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rdn. 1 ff.

⁷⁹⁷ Vgl. BVerfGE 1, 396, 411. Siehe auch BVerwGE 95, 42, 45; 98, 31, 41.

⁷⁹⁸ Vgl. BVerfGE 46, 343, 363; 90, 286, 364.

⁷⁹⁹ Vgl. BVerwGE 47, 365, 378 f.; 110, 363, 366; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 59 Rdn. 19.

⁸⁰⁰ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 183.

⁸⁰¹ Vgl. BGBl. 1990 II S. 246.

⁸⁰² Vgl. BGBl. 1973 II S. 1533.

⁸⁰³ Vgl. BGBl. 1952 II S. 685.

⁸⁰⁴ Vgl. statt vieler *KK-Schädler*, Vorb MRK Rdn. 4; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rdn. 6.

eines einfachen Bundesgesetzes steht.⁸⁰⁵ Die Ansicht, dass die EMRK Verfassungsrang habe, weil sie insgesamt Völkergewohnheitsrecht darstelle,⁸⁰⁶ lässt sich in Deutschland nicht durchsetzen. Denn dabei wird verkannt, dass nicht für alle in der EMRK garantierten Rechte eine allgemeine Rechtsüberzeugung, welche eine unentbehrliche Voraussetzung für das Völkergewohnheitsrecht darstellt, festgestellt werden kann.⁸⁰⁷ Im Ergebnis geht auch das BVerfG davon aus, dass die EMRK in Deutschland „den Rang von Verfassungsrecht nicht genießt“.⁸⁰⁸

Dass ein völkerrechtlicher Vertrag nur auf der Stufe eines einfachen Bundesgesetzes steht, bedeutet allerdings nicht, dass einzelne Inhalte dieses Vertrags keinen höheren Rang haben können.⁸⁰⁹ Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, unter die in erster Linie das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts fallen,⁸¹⁰ Bestandteil des Bundesrechts und gehen den Gesetzen vor. Die völkergewohnheitsrechtlichen Bestimmungen, die durch völkerrechtliche Verträge kodifiziert worden sind, stehen somit gemäß Art. 25 Satz 2 GG hierarchisch über einem einfachen Bundesgesetz, obwohl die betreffenden Verträge an sich nur diesen Rang haben können. So ist es auch der Fall bei den oben genannten Vorschriften zum Folterverbot. Da das Folterverbot auch zum Völkergewohnheitsrecht zählt, geht es in Deutschland jedenfalls den Bundesgesetzen vor. Fraglich ist aber, ob Völkergewohnheitsrecht Verfassungs- oder sogar Überverfassungsrang besitzen kann.

Eine ältere, sehr weitgehende Auffassung spricht dem Völkergewohnheitsrecht Überverfassungsrang zu.⁸¹¹ Man könne das Wort „Gesetzen“ in Art. 25 Satz 2 GG so weitgehend auslegen, dass darunter auch das Grundgesetz als solches falle. Zudem dürfte die Entstehungsgeschichte von Art. 25 GG für den Überverfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts sprechen.⁸¹² Auch das BVerfG hat Anfang der 1950er Jahre einmal zum Ausdruck gebracht, dass Art. 25 GG „den Primat des Völkerrechts vor dem innerstaatlichen Recht“ proklamiert.⁸¹³ Vereinzelt wird noch die vermittelnde Ansicht vertreten, dass Völkergewohnheitsrecht ranggleich neben dem Grundgesetz stehe. Denn die Norm, die einen Rechtsanwendungsbefehl erteilt, weise der anzuwendenden völkerrechtlichen Norm die gleiche Rangstufe zu. Völ-

⁸⁰⁵ Vgl. nur BVerfGE 10, 271, 274; 64, 135, 157; 74, 102, 128; 111, 307, 317; 128, 326, 367.

⁸⁰⁶ Vgl. so etwa *Bleckmann*, EuGRZ 1994, 152 ff.

⁸⁰⁷ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rdn. 7.

⁸⁰⁸ Vgl. BVerfGE 74, 358, 370.

⁸⁰⁹ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 59 Rdn. 19.

⁸¹⁰ Vgl. BVerfGE 23, 288, 317; 31, 145, 177; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rdn. 12.

⁸¹¹ Vgl. *Curtius*, DÖV 1955, 145 f.

⁸¹² Vgl. *Epping/Hillgruber-Heintschel v. Heinegg*, § 25 Rdn. 26. Der hält allerdings die Entscheidungsgeschichte für nicht maßgeblich.

⁸¹³ Vgl. BVerfGE 1, 208, 233.

kergewohnheitsrecht solle daher auf derselben Stufe wie Art. 25 GG stehen und mithin Verfassungsrang haben.⁸¹⁴ Eine andere Ansicht differenziert zwischen dispositivem Völkergewohnheitsrecht (*ius dispositivum*) und zwingendem Völkergewohnheitsrecht (*ius cogens*) und spricht sich für den Verfassungsrang⁸¹⁵ oder sogar den Überverfassungsrang⁸¹⁶ des Letzteren aus. Denn das zwingende Völkergewohnheitsrecht sei nach Art. 53 WVRK der Disposition der einzelnen Vertragsstaaten entzogen und mithin auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber verbindlich.⁸¹⁷ Geht man von diesen Ansichten, bzw. dem Verfassungs- oder sogar dem Überverfassungsrang des (zwingenden) Völkergewohnheitsrechts aus, soll sich das absolute Folterverbot im Völkerrecht, das *ius cogens*-Charakter besitzt, auf die Lösung der Würdekollision im Rettungsfolterfall unmittelbar – und zwar zugunsten des gefolterten Entführers – auswirken.

Die heute h.M. in Deutschland lehnt allerdings den Verfassungs- oder den Überverfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts ab. Danach ist der Überverfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts schon logisch nicht zu begründen. Denn es lässt sich nicht erklären, warum der Verfassungsgeber höherwertiges Recht als Verfassungsrecht schaffen kann.⁸¹⁸ Das Staatsrecht würde also mit der Einräumung eines Vorrangs gegenüber dem Grundgesetz über den eigenen Geltungsgrund hinausgreifen.⁸¹⁹ Systematisch betrachtet steht dem Überverfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts entgegen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht durch Art. 79 Abs. 3 GG gehindert wäre, die Bestimmung des Art. 25 GG zu ändern oder sogar ganz aufzuheben.⁸²⁰ Des Weiteren wäre Art. 79 Abs. 1 Satz 1 mit dem (Über-)Verfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts umgangen, der für eine Verfassungsänderung immer eine Änderung des Wortlauts im Grundgesetz vorschreibt.⁸²¹ Schließlich befasst sich Art. 100 Abs. 2 GG auch nur mit der Prüfung der Frage, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist. Nicht erwähnt wird dabei aber die Kontrolle, ob eine Bestimmung des Grundgesetzes dem Völkergewohnheitsrecht entspricht.⁸²² Aus diesen Gründen räumen die Rechtsprechung⁸²³ und die h.L.⁸²⁴ in Deutschland dem Völkergewohnheitsrecht einen „Zwischenrang“ zwischen der Verfassung und den einfachen Gesetzen ein. Im

⁸¹⁴ Vgl. Sachs-*Streinz*, Art. 25 Rdn. 90.

⁸¹⁵ Vgl. v. Münch/Kunig-*Rojahn*, Art. 25 Rdn. 38.

⁸¹⁶ Vgl. Dreier-*Piernice*, Art. 25 Rdn. 25 f.

⁸¹⁷ Vgl. *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 190.

⁸¹⁸ Vgl. v. Münch/Kunig-*Rojahn*, Art. 25 Rdn. 37.

⁸¹⁹ Vgl. Maunz/Durig-*Herdegen*, Art. 25 Rdn. 42; Sachs-*Streinz*, Art. 25 Rdn. 87.

⁸²⁰ Vgl. Sachs-*Streinz*, Art. 25 Rdn. 87; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rdn. 13.

⁸²¹ Vgl. v. Münch/Kunig-*Rojahn*, Art. 25 Rdn. 37.

⁸²² Vgl. Sodan-*Schmahl*, Art. 25 Rdn. 12.

⁸²³ Vgl. BVerfGE 6, 309, 363; 37, 271, 279.

⁸²⁴ Vgl. nur *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 25 Rdn. 14; *Schweitzer*, Staatsrecht III, § 4 Rdn. 479.

Konfliktfall muss somit das Völkergewohnheitsrecht gegenüber dem Grundgesetz zurücktreten.

Nach der in Deutschland h.M. kann also das Folterverbot im Völkerrecht weder durch völkerrechtliche Verträge noch als (zwingendes) Völkergewohnheitsrecht Verfassungsrang haben, und daher kann es die Lösung der Würdekollision auch nicht unmittelbar beeinflussen. Dennoch ist das völkerrechtliche Folterverbot für die Auslegung des Grundgesetzes und mithin auch für die Lösung der Würdekollision von Bedeutung. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind nicht nur Gesetze möglichst im Einklang mit der völkerrechtlichen Verpflichtung Deutschlands auszulegen.⁸²⁵ Auch bei der Auslegung des Grundgesetzes darf das Völkerrecht aufgrund des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht außer Acht gelassen werden:

„Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind [...] völkerrechtsfreundlich auszulegen.“⁸²⁶

So ist etwa bei der Auslegung von Verfassungsrecht das Völkergewohnheitsrecht zu berücksichtigen.⁸²⁷ Die Menschenrechtsstandards des zwingenden Völkergewohnheitsrechts gehören sogar zum Kernbestand der deutschen Verfassungsordnung.⁸²⁸ Insbesondere ist die Wirkung der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes hervorzuheben. Obwohl das BVerfG den „unmittelbaren“ Verfassungsrang der EMRK explizit ablehnt, besitzen ihre Gewährleistungen dennoch verfassungsrechtliche Bedeutung, indem sie die Auslegung der Grundrechte beeinflussen.⁸²⁹ In der Tat hat das BVerfG die Auslegung der Grundrechte in den letzten Jahren sukzessive sehr weitgehend für die Berücksichtigung der EMRK-Garantien und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EGMR geöffnet.⁸³⁰ Schon Ende der 1980er Jahre hat das Gericht festgestellt, dass bei der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK in Betracht zu ziehen sind.⁸³¹ Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen somit als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze und spielen deshalb auch eine wichtige Rolle bei der Auflösung der verfassungsrechtlichen Pflichtenkollision.⁸³²

⁸²⁵ Vgl. BVerfGE 74, 358, 370. Danach ist in Deutschland eine völkerrechtsfreundliche Interpretation der Gesetze geboten, weil nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen wird.

⁸²⁶ BVerfGE 128, 326.

⁸²⁷ Vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 25 Rdn. 14.

⁸²⁸ Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rdn. 9.

⁸²⁹ Vgl. BVerfGE 128, 326, 367.

⁸³⁰ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rdn. 8.

⁸³¹ Vgl. BVerfGE 74, 358, 370.

⁸³² Vgl. BVerfGE 128, 326, 367 f. m.w.N.

Die Entscheidungen des EGMR müssen schon wegen der faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der EMRK auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt, berücksichtigt werden, selbst wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen.⁸³³ Sind aber für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des EGMR einschlägig, so sind grundsätzlich die in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung, namentlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen.⁸³⁴ Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden erst dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.⁸³⁵

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe soll die Pflichtenkollision „Würde gegen Würde“ im hier interessierenden Rettungsfolterfall eher zugunsten der Achtungspflicht der Würde gelöst werden.⁸³⁶ Denn nur eine solche Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG kann dem Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit vor dem Hintergrund der zahlreichen Vorschriften im internationalen Recht zum absoluten Folterverbot entsprechen. Dieses Ergebnis wird insbesondere durch die Entscheidungen des EGMR im Kontext des „Daschner-Falls“ bestätigt. Da nämlich der EGMR ausdrücklich entschieden hat, dass die Misshandlung des festgenommenen Entführers selbst zum Schutz des Opfers nicht erlaubt ist⁸³⁷ und diese Entscheidungen auch für die Beurteilung des hier interessierenden Rettungsfolterfalls einschlägig sind, lässt sich aufgrund des deutschen Verfassungsrechts kaum eine andere Folgerung ziehen.

cc) Dambruchargument

Gegen den Vorrang der Menschenwürde des Opfers und die Anwendung der Rettungsfolter spricht auch das Dambruchargument.⁸³⁸ Danach wird mit der Zulassung der Rettungsfolter in extremen Fällen eine Entwicklung in Gang gesetzt, die letztlich zur vollständigen Preisgabe des Folterverbots führen würde.⁸³⁹ Es steht nämlich zu befürchten, dass eine Ausnahme⁸⁴⁰ vom Folterverbot aufgrund der

⁸³³ Vgl. BVerfGE 128, 326, 368.

⁸³⁴ Vgl. BVerfGE 111, 307, 324.

⁸³⁵ Vgl. BVerfGE 111, 307, 329; 128, 326, 371.

⁸³⁶ Vgl. *Perron*, FS für Weber, S. 144; *Guckelberger*, VBIBW 2004, 126 f.; *Welsch*, BayVBl. 2003, 486.

⁸³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 700; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 - 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

⁸³⁸ Zur Kritik an dem Dambruchargument, siehe *Engländer*, Nothilfe, S. 342 ff.; *Erb*, NStZ 2005, 601 f.; *Trapp*, in: Lenzen (Hrsg.), Folter, S. 131 ff.; *Eser*, FS für Hassemer, S. 726 f.

⁸³⁹ Vgl. *Jefberger*, Jura 2003, 714; *Ziegler*, KritV 2004, 62.

⁸⁴⁰ Zur Überlegung „Ausnahme als Regeln“ siehe *Greco*, GA 2007, 633.

Schwierigkeit, in der Praxis eine genaue Grenze zu ziehen,⁸⁴¹ sowie der Missbrauchsgefahr⁸⁴² schon bald zu „einer rechtsstaatlich unerträglichen Ausweitung der Folter“⁸⁴³ führen würde:

„Wenn Folter zugelassen [...] wird, dann ist kein Halten mehr.“⁸⁴⁴

So wird es nach *Gebauer* selbst in einer rechtsstaatlich-demokratischen Gesellschaft nicht gelingen, der Folter „Zügel anzulegen“. Jede ausnahmsweise Gestattung der Folter würde zu erheblichem Missbrauch führen. Die Gefahr, dass in angespannten Situationen eine Verhörperson vorschnell die Voraussetzungen der Ausnahmefolter bejaht, ist nämlich nicht von der Hand zu weisen. Wer die Folter ausnahmsweise gestattet, begibt sich somit auf eine „schiefe Ebene“. Ein Abrutschen in Extreme ist dann praktisch nicht mehr zu vermeiden. Gerade angesichts dieser historisch-praktischen Erkenntnis soll Menschenwürde einen „unüberschreitbaren Schutzraum“, eine Tabuzone beschreiben. Aus demselben Grund darf selbst in den Konstellationen „Würde gegen Würde“ nicht gefoltert werden: Hier reicht die staatliche Achtungspflicht hinsichtlich der Menschenwürde weiter als die staatliche Pflicht zum Schutz der Würde.⁸⁴⁵

Auch *Marx* weist darauf hin, dass die Zulassung von Ausnahmen vom absoluten Folterverbot eine „unkontrollierbare eskalierende Repressionsspirale“ in Bewegung setzt. Die gesellschaftliche Duldung der Folterpraxis öffnet „der totalen Herrschaft der Folter das Tor“ und historisch gesicherte Erfahrungen belegen, dass jegliche Einschränkung des Folterverbots „am Ende zivilgesellschaftliche Strukturen zersetzt und totalitäre Herrschaftsformen hervorbringt“. Daher darf das Rechtssystem demokratischer Rechtsstaaten die Folteranwendung auch unter bestimmten Ausnahmebedingungen nicht zulassen.⁸⁴⁶

Nach *Jerouschek* und *Kölbel* würde die rechtliche Billigung eines Folteraktes in der extremen Notlage durch seine Symbolkraft für die Rechtskultur einen „basalen Normgeltungseinbruch“ begründen, hinter dem die konkrete Dramatik des singulären Folteranlasses zu verblassen droht. Es würde auch mit den Extremfällen, die dem Damm zum ersten Bruch verhelfen, im weiteren Fortgang nicht sein Bewenden haben. Das einmal geschaffene Präjudiz würde sich also in ähnlichen und nicht

⁸⁴¹ Vgl. *Roxin*, FS für Eser, S. 467 f.

⁸⁴² Selbst ein Teil der Befürworter der Rettungsfolter erkennt auch die Missbrauchsgefahr durch die Polizei an. Vgl. so etwa *Brugger*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 114 f. Er glaubt freilich, dass sich diese Gefahr dadurch vermeiden lässt, dass man die Ausnahmekonstellation genau umreißt. Nach *Lüderssen*, FS für Rudolph, S. 704 soll man aber diese ganz ungewöhnliche, einmalige Konstellation, in der Folter erlaubt würde, nicht definieren können. Denn sie ist nicht im Vorhinein bekannt. Vgl. auch *Weilert*, Folterverbot, S. 184.

⁸⁴³ *Roxin*, FS für Nehm, S. 215.

⁸⁴⁴ *Kretschmer*, RuP 2003, 114.

⁸⁴⁵ Vgl. *Gebauer*, NVwZ 2004, 1409.

⁸⁴⁶ Vgl. *Marx*, in: Gehl (Hrsg.), Folter, S. 115.

ganz so eindeutigen Sachlagen fortsetzen. In Anbetracht der Gefahr solcher Erosionen dürfte Folter niemals legal sein.⁸⁴⁷

Neben der Befürchtung vor Ausweitung der Folteranwendung kann sich das Dambruchargument auch auf die Eskalierung der Intensität der Foltermaßnahmen beziehen.⁸⁴⁸ So hinterfragt z.B. *Reemtsma* kritisch, warum man einem Menschen, den man zur Erpressung rettender Informationen legitimer- und legalerweise windelweich prügelt, nicht auch die Arme brechen, die Fingernägel ausreißen, die Genitalien zerquetschen oder Zigaretten in seinen Augen ausdrücken darf.⁸⁴⁹ Zudem betont auch *K. Günther*, dass die Eskalation der Folter von Natur aus innewohnt.⁸⁵⁰

dd) Andere mittelbare Auswirkungen

Der Vorrangigkeit der Schutzpflicht der Menschenwürde des Opfers wird nicht zuletzt entgegengehalten, dass sie zahlreiche mittelbare negative Auswirkungen nach sich ziehen würde. Da im Rettungsfolterfall kein anderes Mittel als Folter zum Schutz der Würde des Opfers zur Verfügung steht, würde der Vorrang der Schutzpflicht in der Würdekollision eine Folterpflicht des Staates bedeuten. Die dienstrechtlichen Folgen dafür – wie *Fischer* schon gewarnt hat – wären, dass bei der Polizei eine Ausbildung zum Folterspezialisten vorzusehen wäre, dass entsprechende Spezialeinheiten eingerichtet werden müssten und dass Dienstpläne und Folter-Verwaltungsvorschriften auf gesetzlicher Grundlage zu erlassen wären.⁸⁵¹ Auch *Joerden* hat darauf hingewiesen, dass eine Verwendung der Mittel der Folter durch den Staat oder seine Bediensteten bzw. Organe eine Institutionalisierung erfordern würde. So müsste ein Apparat von speziell geschulten Folterern und Ärzten aufgebaut werden, der die fraglichen Maßnahmen durchführen würde.⁸⁵² Nicht zuletzt hat *Weßlau* argumentiert: Wäre der Staat ggf. zu foltern verpflichtet, müsste er sogar zur Erfüllung dieser Pflicht effektive Foltermethoden ersinnen.⁸⁵³ Alle das lässt sich in Deutschland nicht einmal vorstellen.

Neben diesen möglichen Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung argumentieren auch zahlreiche Autoren, dass die (Rettungs-)Folter bzw. die staatliche Folterpflicht mit der Idee des Rechtsstaats nicht vereinbar ist.⁸⁵⁴ Der demokratische Rechtsstaat übt zwar das Gewaltmonopol aus und stellt die höchste Machtinstanz auf einem bestimmten Territorium dar. Er unterscheidet sich jedoch von der Räu-

⁸⁴⁷ Vgl. *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 619.

⁸⁴⁸ Vgl. *Bielefeldt*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 101 f.

⁸⁴⁹ Vgl. *Reemtsma*, Folter, S. 120 f.

⁸⁵⁰ Vgl. *K. Günther*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 106 f.

⁸⁵¹ Vgl. *Fischer*, StGB, § 32 Rdn. 15a.

⁸⁵² Vgl. *Joerden*, FS für Hruschka, S. 518.

⁸⁵³ Vgl. *Weßlau*, in: Paech u.a. (Hrsg.), Völkerrecht, S. 403.

⁸⁵⁴ Vgl. *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 149; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 48.

berbande dadurch, dass er nicht nur Macht, sondern legitime Macht ausübt.⁸⁵⁵ Der Rechtsstaat definiert das Verhältnis zwischen Einzelnem und Staat nicht als bloßes Gewaltverhältnis.⁸⁵⁶ Vielmehr hat er seine Legitimität dadurch erlangt, dass er sich als Repräsentant im Namen des Volkes verhält. Eine wirksame Repräsentation setzt wiederum voraus, dass die Repräsentierten, nämlich die Bürger, einen Willen haben und dass der Staat diese elementare Tatsache zur Kenntnis und auch ernst nimmt.⁸⁵⁷ Demzufolge hat der Staat nur dann wirklich Anspruch auf die legitime Ausübung von Herrschaftsgewalt, „wenn er sich in den Dienst der gleichen Freiheit des Menschen und ihrer Realisierung stellt, indem er die Rechtssubjektivität des Menschen, ohne die seine Autonomie ein wirklichkeitsfremdes Hirngespinnst bliebe, zur Grundlage aller rechtmäßigen Ausübung von Zwangsgewalt macht“.⁸⁵⁸ Folter, die den Willen der Bürger zerstört, führt als Stigmatisierung des verantwortlichen Staates⁸⁵⁹ nicht nur zum Verlust seiner Würde,⁸⁶⁰ sondern unterminiert darüber hinaus die Bedingungen der legitimen staatlichen Machtausübung.⁸⁶¹ Ein Rechtsstaat, der Folter einsetzt, greift somit nicht nur in ein Grundrecht ein, er gefährdet auch die Basis seiner legitimen Existenz.⁸⁶²

Eine Folterpflicht des Staates beträfe zudem auch zwangsläufig den folternden Polizeibeamten. Denn der Staat, der sich selbst eine Befugnis zur gefahrenabwendenden Folter erteilt oder gar eine Folterpflicht auferlegt, muss mit der Ausführung der peinlichen Befragung einen Amtsträger betrauen.⁸⁶³ Auch unter diesem Aspekt ist die staatliche Folterpflicht besonders problematisch. Denn der Staat kann bei jedem der so herangezogenen Amtsträger psychische Verwüstungen anrichten und ihnen das Stigma des Peinigers aufdrücken.⁸⁶⁴ Nicht zu übersehen ist insofern auch, dass die Folter wiederum einen Verstoß gegen die Menschenwürde des folternden Polizeibeamten darstellen könnte, weil dieser sich selbst als Instrument für eine Total-Instrumentalisierung von Menschen hergibt.⁸⁶⁵

⁸⁵⁵ Vgl. *Greco*, GA 2007, 635 f.

⁸⁵⁶ Vgl. *Enders*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 147.

⁸⁵⁷ Vgl. *Greco*, GA 2007, 636.

⁸⁵⁸ Vgl. *Enders*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 147 f. Vgl. auch *Marx*, KJ 2004, 302, wonach im Rechtsstaat die Autonomie des Einzelnen der staatlichen Zwangsausübung eine unüberschreitbare Grenze setzt.

⁸⁵⁹ Vgl. *EMRK/GG-Bank*, Kap. 11 Rdn. 28.

⁸⁶⁰ Zum Folterverbot als Ausdruck der Würde des Staates siehe *Jäger*, FS für Herzberg, S. 546 ff. Allgemein zur Würde des Staates siehe *D. Merten*, FS für Isensee, S. 123 ff.

⁸⁶¹ Vgl. *Reemtsma*, Folter, S. 125.

⁸⁶² Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, § 10 Rdn. 35, 63. Ähnlich *Brunkhorst*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), *Folter*, S. 92; *Glaeser*, FS für Isensee, S. 517; *Stohrer*, BayVBl. 2005, 496; *Braum*, KritV 2005, 298; *Weilert*, Folterverbot, S. 181 ff., 424.

⁸⁶³ Vgl. *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 618.

⁸⁶⁴ Ebenda. Dazu, dass Folter auch den Folternden selbst seelisch „verwüstet“, vgl. *Sonderregger*, Folter, S. 23 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. *Reemtsma*, Folter, S. 122 ff.

Schließlich wird auch darauf hingewiesen, dass sich die Zulässigkeit der Rettungsfolter in Deutschland negativ auf die weltweite Folterbekämpfung auswirken würde.⁸⁶⁶ So hat etwa *Lüderssen* betont, dass die westliche Welt ungläubwürdig in ihrem Kampf gegen Folter in anderen Teilen der Welt würde, wenn sie so etwas bei sich dann doch – und wenn auch nur in den Extremfällen – zuließe.⁸⁶⁷

ee) Zwischenergebnis

Wenn man abweichend von der h.M. auch davon ausgehen dürfte, dass die Achtungspflicht keinen allgemeinen Vorrang gegenüber der Schutzpflicht besitzt und somit eine Würdekollision im hier interessierenden Rettungsfolterfall besteht, sprechen bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ bessere Gründe dafür, diese Würdekollision zugunsten der Achtungspflicht bzw. des gefolterten Entführers zu lösen. Einer staatlichen Folterpflicht zum Schutz des Entführungsofers steht insbesondere das absolute Folterverbot im Völkerrecht entgegen. Auch die Gefahr eines Dammbrochs und die anderen negativen Auswirkungen der Rettungsfolter sind so gravierend, dass sich „ein Rechtsstaat nicht darauf einlassen sollte“.⁸⁶⁸ Aus diesen Gründen sollte die Achtungspflicht der Würde im Rettungsfolterfall bevorzugt werden. Folglich lässt sich die Menschenwürde des Entführers auch nicht durch die Würde des Opfers einschränken. Dass durch die Rettungsfolter die Würde des Entführungsofers gewahrt werden könnte, kann also den dadurch verursachten Eingriff in die Würde des Entführers nicht legitimieren. In diesem Sinne findet die Schutzpflicht des Staates im Rettungsfolterfall ihre Grenze im Anspruch des Entführers auf Achtung seiner Würde. Die Rettungsfolter stellt somit eine Verletzung der Würde des Entführers dar.

Diesem Ergebnis steht auch das Untermaßverbot nicht entgegen. Dass die staatliche Schutzpflicht nicht um jeden Preis oder in jeder Form erfüllt werden muss, zeigt sich bereits in der Entscheidung des BVerfG im „Schleyer-Fall“, nach der die Staatsgewalt in Extremfällen selbstständig über die Maßnahmen zur Erfüllung der ihr obliegenden Schutzpflichten entscheiden kann;⁸⁶⁹ in der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch, der zufolge die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen menschlichen Leben nicht unbedingt durch Strafdrohung erfüllt werden soll;⁸⁷⁰ und neuerdings in der Entscheidung zu § 14 Abs. 3 LuftSiG, in der der Abschuss eines Flugzeugs zur Rettung des Lebens einer Gruppe von Menschen am Boden aufgrund der Menschenwürde der Passagiere sowie ihres Rechts auf

⁸⁶⁶ Vgl. *Weilert*, Folterverbot, S. 185.

⁸⁶⁷ Vgl. *Lüderssen*, FS für Rudolphi, S. 707.

⁸⁶⁸ Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 62a.

⁸⁶⁹ Vgl. BVerfGE 46, 160, 165; *Neuhaus*, GA 2004, 533 f.; *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 204.

⁸⁷⁰ Vgl. BVerfGE 88, 203, 204, Leitsatz Nr. 11.

Leben als unzulässig angesehen wird.⁸⁷¹ Der nach wie vor bestehenden Schutzpflicht wird der Staat im Rettungsfolterfall vielmehr schon dadurch gerecht, dass er den Schutz des Entführungsopfers durch eine Bestrafung des Entführers zu erreichen sucht.⁸⁷²

5. Exkurs: Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG

Im Kontext der Rettungsfolter könnte auch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG besonders von Bedeutung sein. Denn darin wird ausdrücklich vorgesehen, dass festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden dürfen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Rettungsfolter auch gegen dieses Misshandlungsverbot verstößt und daher nach Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungswidrig ist.

a) Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG

aa) Festgehaltene Person

Der Begriff „Festhalten“ i.S.d. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG wird in der deutschen Literatur nicht einheitlich definiert. Zum Teil wird er mit dem Begriff „Freiheitsentziehung“ in Art. 104 Abs. 2 GG gleichgesetzt. Danach soll Art. 104 Abs. 1 Satz 2 nur Freiheitsentziehungen und nicht auch Freiheitsbeschränkungen betreffen.⁸⁷³ Eine andere Ansicht geht hingegen von einem weitgehenden Verständnis aus und besagt, dass eine Person im Sinne des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG „festgehalten“ ist, „soweit sie einem gesteigerten Risiko der Misshandlung durch staatliche Organe ausgesetzt sein kann“. Dies ist der Fall, „wenn der Betroffene den Übergriffen nicht dadurch ausweichen kann, dass er sich entfernt“.⁸⁷⁴

Der Streit kann hier dahingestellt bleiben. Denn nach beiden Meinungen ist der Entführer im hier interessierenden Rettungsfolterfall „festgehalten“. Dass der im Gewahrsam der Polizei befindliche Entführer dem Eingriff in seine Menschenwürde nicht durch Flucht ausweichen kann, liegt auf der Hand. Andererseits ist hier auch das Vorliegen einer Freiheitsentziehung des Entführers ohne Schwierigkeit zu bejahen. Daran ändert nicht, wie man den Begriff „Freiheitsentziehung“ definiert. Unabhängig davon, ob die „Freiheitsentziehung“ voraussetzt, dass die körperliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird,⁸⁷⁵ dass der Betroffene in einem eng umgrenzten örtlichen Bereich eingesperrt wird,⁸⁷⁶

⁸⁷¹ Vgl. BVerfGE 115, 118, 151 ff.

⁸⁷² Vgl. *Kümmel*, Nötigung, S. 311.

⁸⁷³ Vgl. Maunz/Dürig-Dürig, Art. 104 Rdn. 20.

⁸⁷⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 29.

⁸⁷⁵ Vgl. BVerfGE 94, 166, 198; 105, 239, 248.

⁸⁷⁶ Vgl. BVerfGE 62, 325, 327 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 19.

dass die Fortbewegungsfreiheit mehr als nur auf eine kurze Dauer beschränkt wird⁸⁷⁷ oder dass dabei bestimmte technische Mittel eingesetzt werden,⁸⁷⁸ ist bei den klassischen Formen von Haft und Gewahrsam – so ist es gerade im hier interessierenden Rettungsfolterfall – jedenfalls dann immer von einer Freiheitsentziehung auszugehen, wenn der Betroffene in einem verschlossenen Raum untergebracht wird.⁸⁷⁹

Durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt wird zudem jede festgehaltene natürliche Person.⁸⁸⁰ Unter den Schutzbereich dieser Vorschrift fällt somit auch der Entführer im vorliegenden Rettungsfolterfall.

bb) Der Begriff „Misshandlung“

Heute herrscht in Deutschland auch keine Einigkeit über die Auslegung der „Misshandlung“ in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG. Nach einer weiteren Auslegung bedeutet „körperliche Misshandlung“ in Übereinstimmung mit dem gleichlautenden Begriff des § 223 StGB „jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt“. Seelische Misshandlung ist danach „jede entehrende und entwürdigende Behandlung“.⁸⁸¹ Dieser Meinung nach ist die Rettungsfolter im hier interessierenden Fall, die den Tatbestand § 340 StGB Körperverletzung im Amt erfüllt,⁸⁸² zweifellos als „Misshandlung“ i.S.d. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen.

Eine andere Ansicht in der Literatur will aber den Begriff „Misshandlung“ nicht so weit auslegen. Insbesondere soll die körperliche Misshandlung nicht nach der bei § 223 StGB gebräuchlichen Begriffsbestimmung definiert werden.⁸⁸³ Da also Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG als „Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1“ GG⁸⁸⁴ gilt, ist der Begriff der Misshandlung auch im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie zu bestimmen.⁸⁸⁵ Die Misshandlung i.S.d. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG muss sich danach aufgrund der Umstände der Begehung der Tat als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung des Festgehaltenen erweisen.⁸⁸⁶ Aber auch die Vertreter dieser

⁸⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2004, 3697; Epping/Hillgruber-Radtke, Art. 104 Rdn. 3.

⁸⁷⁸ Vgl. BVerfG 22, 21, 26.

⁸⁷⁹ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 19 ff.

⁸⁸⁰ Vgl. nur Sodan-Sodan, Art. 104 Rdn. 2.

⁸⁸¹ Vgl. Maunz/Dürig-Dürig, Art. 104 Rdn. 21 f.

⁸⁸² Vgl. oben Teil 3, II.B.

⁸⁸³ Vgl. Epping/Hillgruber-Radtke, Art. 104 Rdn. 29.

⁸⁸⁴ Vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 104 Rdn. 7; Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 41; Epping/Hillgruber-Radtke, Art. 104 Rdn. 29. Siehe ähnlich auch Sodan-Sodan, Art. 104 Rdn. 6: „Ausfluss der Menschenwürde“.

⁸⁸⁵ Vgl. Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 41; Sodan-Sodan, Art. 104 Rdn. 6.

⁸⁸⁶ Vgl. Epping/Hillgruber-Radtke, Art. 104 Rdn. 29.

Ansicht gelangen schließlich zu dem Ergebnis, dass Misshandlung jedenfalls jede Form der Folter als Zufügung von physischen oder psychischen Leiden zur Brechung des Willens darstellt,⁸⁸⁷ sodass im hier interessierenden Rettungsfolterfall kein Unterschied zwischen den beiden Ansichten besteht. In der Tat hat das BVerfG ebenfalls festgestellt, dass bereits die Androhung von Folter im „Daschner-Fall“ gegen Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG verstößt.⁸⁸⁸

b) Einschränkung des Misshandlungsverbots?

aa) Die herrschende Meinung

Ungeachtet des Dissenses, ob das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG als ein „Grundrecht“⁸⁸⁹ oder als an die öffentliche Gewalt adressierte „Verbotsnorm“⁸⁹⁰ anzusehen ist, spricht sich die h.M. in Deutschland für seine Abwägungsfestigkeit aus. Danach unterliegt Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG keinem Gesetzesvorbehalt⁸⁹¹ und kennt auch keine verfassungsimmanente Schranken.⁸⁹² Diese Vorschrift enthält also ein striktes, vorbehaltloses Verbot elementarer, durch nichts zu rechtfertigender Eingriffe.⁸⁹³ Das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG gilt somit „absolut“⁸⁹⁴ und „uneingeschränkt“⁸⁹⁵ und kann auch nicht mit kollidierenden Grundrechten Dritter abgewogen werden.⁸⁹⁶ Dabei kommt es auch nicht auf den mit der Misshandlung verfolgten Zweck bzw. die Absichten der misshandelnden Amtsträger an.⁸⁹⁷ Dieses Ergebnis wird durch die Materialien des Parlamentarischen Rates bestätigt, wonach „jeder körperliche oder durch sonstige Mittel vor oder während eines Verhörs ausgeübte Zwang“ verboten sein soll. Ein solches absolutes Misshandlungsverbot muss in das Grundgesetz aufgenommen werden, weil die Erfahrungen aus der Vergangenheit erwiesen haben, dass eine solche Bestimmung notwendig ist. „Sie muss, obwohl sie geltendes Recht ist,

⁸⁸⁷ Vgl. statt vieler Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 104 Rdn. 9; Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 41; Sodan-Sodan, Art. 104 Rdn. 6; Merten, JR 2003, 405.

⁸⁸⁸ Vgl. BVerfG NJW 2005, 657. Zweifelnd Eser, FS für Hassemer, S. 721.

⁸⁸⁹ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 34.

⁸⁹⁰ Vgl. Rottmann, in: Goerlich (Hrsg.), Folter, S. 83; Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 41.

⁸⁹¹ Vgl. Jahn, KritV 2004, 42; Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 41; Sodan-Sodan, Art. 104 Rdn. 6.

⁸⁹² Vgl. Welsch, BayVBl. 2003, 483. Siehe auch Wilhelm, Die Polizei 2003, 199.

⁸⁹³ Vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 104 Rdn. 7.

⁸⁹⁴ Sachs-Degenhart, Art. 104 Rdn. 43.

⁸⁹⁵ v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 34.

⁸⁹⁶ Vgl. Rottmann, in: Goerlich (Hrsg.), Folter, S. 83.

⁸⁹⁷ Vgl. Hecker, KJ 2003, 213; Guckelberger, VBilBW 2004, 124 Fn. 47 m.w.N.

verfassungsrechtlich bekräftigt werden.⁸⁹⁸ Nach h.M. wird deshalb auch die Rettungsfolter durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG absolut verboten.

bb) Bruggers These und die Kritik daran

Entgegen der h.M. will aber *Brugger* den Anwendungsbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG in der *ticking time bomb*-Konstellation einschränken. Seiner Meinung nach steht hinter dieser Vorschrift u.a. die Überlegung, Personen, die durch den polizeilichen Zugriff bei Vernehmungen oder Festnahmen in eine „hilflose“ Lage geraten sind, besonders zu schützen. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG habe somit nur die Interessen des Festgenommenen als „hilfloser Person“ im Auge. Der gefolterte Täter in der *ticking time bomb*-Konstellation sei aber gerade nicht „hilflos“, weil er dadurch, dass er wisse, wo sich die Bombe befindet, faktisch die Fäden in der Hand halte. Ihn dennoch durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG zu schützen, erscheine somit „ungerecht und absurd“.⁸⁹⁹ Darüber hinaus solle der Abwägungsfestigkeit des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG die staatliche Schutzpflicht in der Kollision „Würde gegen Würde“ entgegenstehen. Da also der Staat im Rettungsfolterfall verpflichtet sei, die Würde des Opfers zu schützen, und diese Schutzpflicht im Vergleich zur staatlichen Pflicht gegenüber dem gefolterten Täter, seine Würde zu achten, vorrangig sei, dürfe Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG in seinem Anwendungsbereich teleologisch reduziert werden.⁹⁰⁰

Diese Ansicht überzeugt nicht. Dass der Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG durch die „Hilflosigkeit“ des Betroffenen einzuschränken ist, wird in der Literatur einhellig abgelehnt. Eine solche Einschränkung ist schon mit dem Wortlaut des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu vereinbaren, weil der Verfassungsgeber dort gerade den Begriff „Person“ ohne jegliche Einschränkungen verwendet.⁹⁰¹ *Brugger* selbst hat auch nicht ausführlich erklärt, woran die Hilflosigkeit im Einzelfall zu erkennen ist.⁹⁰² So stellt sich z.B. die Frage: Wäre der gefolterte Täter in der *ticking time bomb*-Konstellation nicht hilflos, und wie ist es beim Entführer, der das Versteck des entführten Kindes nicht verraten will? Wenn der Betroffene nur deshalb nicht hilflos wäre, weil er sich den Misshandlungen mit den verlangten Auskünfte entziehen kann, dann würde Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG völlig leerlaufen: Sogar der festgenommene Straftäter, der sich selbst nicht beschuldigt, wäre danach nicht „hilflos“ und könnte somit nicht durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt werden. Dieses Problem stellt sich freilich umso mehr im präventiven

⁸⁹⁸ Vgl. Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, 1948/49, S. 481, 536.

⁸⁹⁹ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, 168 f.

⁹⁰⁰ Ebenda, 169. Dem folgen *Wagenländer*, Rettungsfolter, S. 164; *H. Götz*, NJW 2005, 956.

⁹⁰¹ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 530.

⁹⁰² Vgl. *Bourcarde*, Folter, S. 70.

Bereich, da man dort meist nicht vorhersagen kann, ob der Betroffene überhaupt ein Unschuldiger und daher durchaus „hilflo“ ist.⁹⁰³

Ebenso wenig stichhaltig ist das Argument, dass aufgrund der Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG eine teleologische Reduktion im Anwendungsbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG zu fordern sei. Obwohl einige der Einwände in der Literatur den Inhalt der Argumentation *Bruggers* verkennen,⁹⁰⁴ ist seine These trotzdem zurückzuweisen: Schon der Ausgangspunkt der Idee, dass der Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG nach der Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG zu bestimmen ist, erscheint problematisch. Er lässt sich erstens nicht mit dem Wortlaut des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbaren. Denn beim Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG wird – anders als bei Art. 1 Abs. 1 GG – dem Wortlaut nach ausschließlich auf die festgehaltenen Personen (hier im Rettungsfolterfall: den Entführer) abgestellt, weshalb die Würde des Entführungsofers nicht in Betracht kommen kann.⁹⁰⁵ Zudem ist nach einem Teil der Literatur der Inhalt des Misshandlungsverbots nicht notwendig stets und überall auf den Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG festgelegt und begrenzt. Denn Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG versucht vielmehr, die gesteigerte faktische Abhängigkeit festgehaltener Personen vom Staat durch rechtliche Vorkehrungen zu kompensieren. Daher kann sein Schutzzinhalt durchaus über die Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG hinausgehen.⁹⁰⁶ Sonst würde Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG neben Art. 1 Abs. 1 GG keinen Sinn ergeben.⁹⁰⁷ Von diesem Standpunkt ausgehend spielt die Pflichtenkollision „Würde gegen Würde“ für das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG keine Rolle: Selbst wenn sich die Würdegarantie einer Abwägung mit der kollidierenden Würde des Opfers als zugänglich und dadurch einschränkbar erweisen sollte, ist der Schutzgehalt des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG „primär aus sich selbst heraus zu bestimmen und nicht durch Kollisionslösungen zwischen anderen Verfassungsbestimmungen“.⁹⁰⁸ Die Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG vermag somit gar nicht, das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG „teleologisch“ zu reduzieren.

⁹⁰³ Vgl. *Schlenzka*, Rettungsfolter, S. 248 f.

⁹⁰⁴ So hat z.B. *Jahn*, KritV 2004, 43 eingewendet, dass es methodisch problematisch ist, Verfassungsrecht (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG) unter Hinweis auf die Regelung zum finalen Rettungsschuss im Polizeigesetz teleologisch zu reduzieren. Dass eine Wertungslücke nur vorliegt, wenn die Regelungen – selbst durch ihre Auslegung – eine höherrangige Vorschrift nicht vollständig realisieren bzw. konkretisieren können, trifft an sich zu. Allerdings hat *Brugger* durch Vergleich mit dem finalen Rettungsschuss lediglich eine Wertungslücke im Polizeigesetz, nicht (auch) im Verfassungsrecht begründet. In Bezug auf die teleologische Reduktion des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG hat er vielmehr die staatliche Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG herangezogen.

⁹⁰⁵ Vgl. *Guckelberger*, VBIBW 2004, 124; EMRK/GG-Bank, Kap. 11 Rdn. 110.

⁹⁰⁶ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 29, 32, 34. So im Ergebnis auch Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 104 Rdn. 7.

⁹⁰⁷ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rdn. 426.

⁹⁰⁸ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 104 Rdn. 34.

Wenn man davon ausgeht, dass Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG im Verhältnis zu Art. 1 Abs. 1 GG die speziellere Norm darstellt, nach der sich der Schutz der festgehaltenen Person vor Misshandlung vor allem – oder sogar allein – richtet,⁹⁰⁹ sollte das Verhältnis zwischen der Schutzpflicht der Würde und dem Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG sogar entgegen *Bruggers* These umgekehrt ausgelegt werden. Die Schutzpflicht der Menschenwürde kann also nicht nur nicht zur Einschränkung des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG führen. Ganz im Gegenteil: Das absolute Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bringt zum Ausdruck, dass bei der Kollision „Würde gegen Würde“ im hier interessierenden Rettungsfolterfall die Schutzpflicht der Würde des Opfers hinter die staatliche Achtungspflicht der Würde des Entführers gestellt werden soll. Denn dass sich Schutz- und Achtungspflicht gleichgeordnet gegenüberstehen, bedeutet nicht, dass in jedem konkreten Fall bzw. in jeder Fallkonstellation immer ein Remis zwischen den beiden herrscht. Sonst würde der Staat im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis lahmgelegt, in dem die Erfüllung der Achtungspflicht zwangsläufig eine – zumindest gewisse – „Vernachlässigung“ der Schutzpflicht bedeutet und umgekehrt. In der Tat darf der Staat in einer Konstellation solcher Art in eigener Verantwortung darüber entscheiden, wie er die in Kollision geratenen Pflichten erfüllt.⁹¹⁰ Aus demselben Grund können auch die – in der Literatur teilweise befürwortete – allgemeine Abwägungsoffenheit der Menschenwürde und die Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG den Verfassungsgeber nicht hindern, die spezifisch im Zusammenhang mit der (Rettungs-)Folter entstandene Würdekollision – „da die Folter in jeder Form unstreitig zu den gravierendsten Eingriffen in die Menschenwürde zählt“⁹¹¹ und „festgehaltene Personen einem erhöhten Risiko einer Beeinträchtigung ihrer physischen bzw. psychischen Integrität durch die öffentliche Gewalt ausgesetzt sind“⁹¹² – immer zugunsten des Gefolterten aufzulösen. Mit anderen Worten: Der Verfassungsgeber hat gerade durch den gegenüber der Menschenwürdegarantie als spezielle Norm ausgestalteten Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG vorweg die Entscheidung getroffen, dass die Folter – auch aus präventiver Absicht – gegen den bereits unter der Kontrolle der Polizei stehenden Täter ohne Ausnahme nicht gestattet wird.⁹¹³ Dieses durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG absolut gewährleistete Folterverbot ver-

⁹⁰⁹ Vgl. *Rottmann*, in: Goerlich (Hrsg.), *Folter*, S. 85; *Enders*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 144.

⁹¹⁰ Vgl. BVerfGE 46, 160, 164 f.

⁹¹¹ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, 881. So auch *Kreuzer*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 44.

⁹¹² Vgl. *Guckelberger*, VBIBW 2004, 122. Siehe auch *Glaeser*, FS für Isensee, S. 516, 517: „die Situation des ausweglosen Ausgeliefertseins eines Opfers an die Willkür und das Belieben amtlicher Personen, die hoffnungslose Ohnmacht gegenüber der Übermacht der andern“.

⁹¹³ Vgl. z.B. *Enders*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter*, S. 145; *Bamberger/Moll*, RuP 2007, 144. Dass das Folterverbot bereits ein Ergebnis der Abwägung ist, vertritt auch *Weßlau*, in: Paech u.a. (Hrsg.), *Völkerrecht*, S. 409.

körpert somit eine wichtige Wertentscheidung des Verfassungsgebers, die sich auch auf die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG auswirkt. Insofern spricht Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG systematisch gesehen als spezielle Norm dafür, dass die Würdekollision im Rettungsfolterfall zugunsten der Achtungspflicht der Menschenwürde des Entführers zu lösen ist.⁹¹⁴

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG nur als „deklaratorische Konkretisierung des Menschenwürdesatzes“⁹¹⁵ anzusehen und daher sein Schutzbereich erst im Lichte der Menschenwürdegarantie zu bestimmen ist,⁹¹⁶ darf die Rettungsfolter auch nicht aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG vom Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG ausgenommen werden. Denn wie oben festgestellt, besitzt die staatliche Schutzpflicht der Würde des Entführungsofers keinen Vorrang bei der Würdekollision, weshalb die Rettungsfolter trotz der kollidierenden Menschenwürde des Opfers einen Eingriff in und mithin eine Verletzung der Würde des Entführers darstellt.⁹¹⁷

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Rettungsfolter in Deutschland auch gegen das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG verstößt und daher verfassungswidrig ist. Die Ansicht, dass der Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG im hier interessierenden Rettungsfolterfall im Lichte der staatlichen Schutzpflicht der Menschenwürde einzuschränken ist, wird in Deutschland ganz überwiegend abgelehnt.

F. Ergebnis zur Notwehr

Da der Eingriff in die Menschenwürde des Entführers durch Rettungsfolter weder durch das Recht des Opfers auf Leben noch durch seinen Anspruch auf Menschenwürde legitimiert wird, ist von dem Ergebnis auszugehen, dass die Rettungsfolter eine Verletzung der Menschenwürde des Täters darstellt und daher wegen der sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt werden kann.⁹¹⁸ „Eine Bewährung der Rechtsordnung um den Preis der

⁹¹⁴ Vgl. *Hong*, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), *Folter*, S. 29.

⁹¹⁵ Vgl. *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 104 Rdn. 55.

⁹¹⁶ Vgl. *Guckelberger*, VBIBW 2004, 124.

⁹¹⁷ Vgl. oben Teil 3, V.E.4.d).

⁹¹⁸ A.A. *Schulz*, in: Lenzen (Hrsg.), *Folter*, S. 88 f. Ihm zufolge stellt – jedoch ohne eingehende Begründung – dieses Ergebnis eine Rechtsänderung durch Auslegung und daher einen Verstoß gegen Art. 7 EMRK dar. Er erkennt allerdings, dass die sozialetischen Einschränkungen eigentlich nur „immanente Schranken“ des Notwehrrechts sind.

Folter ist ausgeschlossen.⁹¹⁹ Dieses Ergebnis wird des Weiteren durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bestätigt. Dem steht auch nicht der Grundsatz entgegen, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.⁹²⁰ Denn dieses Prinzip gilt im deutschen Recht ohnehin nicht einschränkungslos, wie sich den anderen Fallgruppen der sozialetischen Einschränkungen der Notwehr bereits entnehmen lässt.⁹²¹

VI. Rettungsfolter als rechtfertigender Notstand

Geht man abweichend von der überwiegenden Ansicht davon aus, dass auch der Tatbestand des § 343 StGB im hier interessierenden Rettungsfolterfall erfüllt ist, muss weiter geprüft werden, ob die Rettungsfolter als Aussageerpressung durch Notstand gerechtfertigt werden kann. Insofern kommt § 32 StGB nicht in Betracht, weil § 343 StGB nach der überwiegenden Auffassung⁹²² in erster Linie die Rechtspflege schützt,⁹²³ die an sich aber als überindividuelles Interesse nicht notwehrfähig ist.⁹²⁴ Ebenso ist eine Prüfung des rechtfertigenden Notstands unentbehrlich, wenn der Angriff seitens des Entführers nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht verneint wird, sodass eine Notwehrlage im Rettungsfolterfall nicht vorliegt.

A. Allgemeines zum rechtfertigenden Notstand

1. Geltende Rechtslage

In Deutschland wird zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand differenziert. Während der Erstere in § 34 StGB vorgesehen wird und einen Rechtfertigungsgrund darstellt, findet sich Letzterer in § 35 StGB als Entschuldigungsgrund. Der rechtfertigende Notstand setzt nach § 34 StGB in objektiver Hinsicht voraus, dass eine Notstandslage vorliegt und dass die Notstandshandlung erforderlich ist. Zudem muss durch die Notstandshandlung ein wesentlich überwiegendes Interesse geschützt werden und die Notstandshandlung als solche muss auch ein angemessenes Mittel darstellen. Auf der subjektiven Seite muss die Notstandshandlung noch vom Rettungswillen getragen sein.⁹²⁵

⁹¹⁹ Schönke/Schröder-Perron, § 32 Rdn. 62a.

⁹²⁰ Dagegen jedoch Brugger, VBIBW 1995, 450; Kühl, FS für Seebode, S. 77.

⁹²¹ So bereits Krause, FS für Bruns, S. 78; im Ergebnis so auch Fahl, Jura 2007, 748.

⁹²² Zum Meinungsstand vgl. LK-Zieschang, § 343 Rdn. 1.

⁹²³ Vgl. Fischer, StGB, § 343 Rdn. 1. Individuelle Rechtsgüter des Betroffenen werden daneben auch geschützt.

⁹²⁴ Vgl. Neuhaus, GA 2004, 527.

⁹²⁵ Vgl. Wessels/Beulke, AT, Rdn. 298 ff.

2. Legitimationsgrund des rechtfertigenden Notstands

Dass Notstand rechtfertigende Wirkung entfalten kann, versteht sich in Deutschland nicht von selbst. In der Tat wird seit geraumer Zeit in der deutschen Literatur diskutiert, ob und warum der Notstand als Rechtfertigungsgrund anzusehen ist.

a) Ansichten gegen Notstand als Rechtfertigungsgrund

Aus klassisch liberaler Sicht soll jedem das grundlegende Freiheitsrecht, insbesondere die Autonomie bzw. das Selbstbestimmungsrecht gewährleistet werden. Demzufolge liegt die Hauptaufgabe der Rechtsordnung darin, die Rechtssphären verschiedener Individuen voneinander abzugrenzen und die festgestellten Grenzen zu garantieren. Daher wird die Freiheit im rechtlichen Sinne vor allem als „negative Freiheit“ verstanden, nämlich als die Freiheit der Einzelpersonen davon, dass ihre Rechte nicht vom Staat oder von anderen Individuen verletzt oder beschnitten werden. Diese negative Freiheit verkörpert einen eigenen, inneren Wert, sie ist nicht nur ein Mittel zur Verwirklichung eines anderen Werts; sie schützt nicht die Interessen des Kollektivs oder der Gesellschaft, sondern ausschließlich die Rechtssphären der Individuen.

Das Verständnis der rechtlichen Freiheit als negative Freiheit hat zur Folge, dass die Einzelpersonen sehr hohe Selbstbestimmungsfreiheit genießen und den „absoluten Herrn“⁹²⁶ ihrer jeweiligen Rechtssphäre darstellen. Aber andererseits müssen sie auch – als die „Kehrseite der Selbstbestimmung“ – selbst für die Angelegenheiten innerhalb ihrer Rechtssphäre Verantwortung tragen.⁹²⁷ Niemand darf daher die Gefahr für seine eigenen Rechtsgüter auf einen anderen abwälzen, sonst würde auch die negative Freiheit des Letzteren beeinträchtigt (Abwälzungsverbot). Von diesem Standpunkt ausgehend verneinte etwa *Kant* ein Notrecht. Seiner Ansicht nach sei Notrecht nur ein „vermeintes Recht“, was „einen Zwang ohne Recht“ annehme und einen „Widerspruch der Rechtslehre mit sich selbst“ bedeute. Daher habe niemand die „Befugnis“, einen unschuldigen Dritten aufzuopfern, um sich selbst zu retten. Die Tötungshandlung im Lebensnotstand zur Rettung eigenen Lebens führe nur zur subjektiven Straflosigkeit.⁹²⁸ Auch nach der von *Fichte* vertretenen „Exemptionstheorie“ kann ein Notrecht im Sinne der Eingriffsbefugnis nicht existieren. Denn die Frage der Rechtslehre sei: „Wie können mehrere freie Wesen als solche beisammen bestehen?“ Die Beantwortung dieser Frage setze aber freilich die Möglichkeit des Beisammenbestehens voraus. In Notfällen bestehe allerdings die Möglichkeit der Koexistenz nicht mehr, weshalb auch die Frage nach dem

⁹²⁶ Vgl. v. *Weber*, Notstandsproblem, S. 110.

⁹²⁷ Vgl. so *Hruschka*, Strafrecht, S. 111 f.; *Renzikowski*, Notstand, S. 179; *Pawlik*, Notstand, S. 14 f.; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 32 f.

⁹²⁸ Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 37, 39.

Recht ganz und gar wegfallen. So gesehen „kann man das Notrecht beschreiben, als das Recht, sich als gänzlich exempt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten“.⁹²⁹

Wohl eben wegen des Einflusses *Kants*⁹³⁰ war vom Ende des 18. bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts in der strafrechtlichen Literatur üblicherweise die Ansicht zu lesen, dass Notstand keinen Rechtfertigungsgrund darstelle, und dass der Notstandstäter lediglich – unter Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebes – aus subjektiven oder schuldbezogenen Gründen straflos sei. Nach *Feuerbach* stellt z.B. die Notlage, in der Qualen, welchen gewöhnliche menschliche Standhaftigkeit nicht gewachsen ist, bevorstehen oder eine Gefahr für das Leben oder ein anderes, unersetzliches persönliches Gut vorliegt, einen solchen Zustand dar, in dem die mögliche Wirksamkeit des Strafgesetzes auf das Begehren aufgehoben sein könnte.⁹³¹ Daher entfielen hier die Zurechnungsfähigkeit und somit auch die Schuld als allgemeiner subjektiver Grund der Strafbarkeit.⁹³²

Ähnlich hielt es *Geyer* für „unbegreiflich“, wie die Not etwas zum Recht mache, was ein Unrecht sei. Selbst die Aufopferung eines niederen Rechts zur Rettung des höheren werde nicht vom Notrecht gedeckt. Denn „jedes Recht ist heilig, und man hüte sich, Forderungen als rechtliche aufzustellen, welche, consequent durchgeführt, das Recht selbst vernichten“. Daher sei der Begriff des Notrechts ein „durchaus ungültiger“.⁹³³ Das gleiche Argument fand sich bei *Schütze*,⁹³⁴ wie Anfang des 20. Jahrhunderts auch noch bei *Neubecker*⁹³⁵ und *M. Mayer*.⁹³⁶ Selbst im amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs im Jahr 1925 wurde noch argumentiert:

„Der strafrechtliche Notstand [...] rechtfertigt[t] [...] niemals die Tat, sondern mach[t] nur den Täter persönlich straffrei.“⁹³⁷

Ein Teil der anderen Strafrechtler schloss sich *Fichtes* Ansicht an. So befürwortete *Grolman*, dass im Notzustand, in dem neben den Rechten des Verletzten über-

⁹²⁹ Vgl. *Fichte*, Grundlage, S. 247.

⁹³⁰ Vgl. so *Küper*, in: Erler/E. Kaufmann/Werkmüller (Hrsg.), Handwörterbuch III, Sp. 1067.

⁹³¹ Das Argument der Unwirksamkeit des Strafgesetzes bzw. der Strafdrohung in der Notlage ist auf *Kants* Ausführung zum Fall „Brett des Carneades“ zurückzuführen. Danach vermag die durch Gesetz angedrohte Strafe nicht mehr, den Notstandstäter von Ausübung der Notstandshandlung abzuschrecken, wenn der einer Lebensgefahr ausgesetzt ist (vgl. dazu *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 39).

⁹³² Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, §§ 84, 91, 321.

⁹³³ Vgl. *Geyer*, Notwehr, S. 4 f.

⁹³⁴ Vgl. *Schütze*, Lehrbuch, S. 112 f. Fn. 3.

⁹³⁵ Vgl. *Neubecker*, Zwang und Notstand, S. 110–133.

⁹³⁶ Vgl. *M. Mayer*, AT, S. 304 ff. Danach soll selbst die Notstandshandlung nach § 904 BGB angesichts der dort geregelten Schadensersatzpflicht rechtswidrig sein.

⁹³⁷ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 3, 1954, Zweiter Teil: Begründung, S. 22.

haupt oder neben bestimmten Rechten desselben die Koexistenz des Verletzenden physisch unmöglich sei, kein rechtliches Verhältnis zwischen den beiden bestehe. Daher könne die Notstandshandlung in diesem Fall nicht vom Gesetz geregelt werden.⁹³⁸ Mehr oder weniger unter dem Einfluss der Idee der negativen Freiheit gingen noch einige Autoren von einem vermittelnden Standpunkt aus. *Binding* akzeptierte z.B. zwar teilweise das utilitaristische Denken, ging aber trotzdem davon aus, dass die Notstandshandlung zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsguts auf Kosten gleichwertiger oder sogar minderwertiger Rechtsgüter im Prinzip nur unverboden sei.⁹³⁹ Nach *Hälschner* ist die Notstandshandlung zwar kein strafrechtliches, aber doch ein ziviles Unrecht.⁹⁴⁰ Auch *H. Meyer* erklärte die Notstandshandlung zwar für „gerechtfertigt“. Er gestand aber andererseits dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zu, da die Notstandshandlung nicht aufhöre, ein Eingriff in die fremde Berechtigung zu sein.⁹⁴¹

b) Begründungen unter dem Einfluss des Utilitarismus

Die Ablehnung des rechtfertigenden Notstands war zwar bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts in der deutschen Literatur verbreitet. Im Lauf der Zeit fand sie aber immer weniger Anhänger. Unter dem Einfluss des Utilitarismus wird seit dem 19. Jahrhundert weitgehend anerkannt, dass Notstand unter Umständen einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann.

aa) Allgemeines zum Utilitarismus

Anders als bei der deontologischen Ethik ist der Utilitarismus zuerst durch Konsequentialismus und Nützlichkeitsprinzip (*principle of utility*)⁹⁴² gekennzeichnet.⁹⁴³ Aus utilitaristischer Sicht wird also die Richtigkeit der Handlungen oder Handlungsregeln bzw. Normen nicht anhand ihrer Eigenschaften als solchen, sondern nach den von ihnen herbeigeführten Folgen bzw. von ihrem Nutzen für die Werte, welche in sich gut sind, bestimmt. Für den klassischen Utilitarismus stellt es daher den höchsten Wert dar, die menschlichen Bedürfnisse und Interessen zu erfüllen, also das menschliche Glück und Wohlergehen zu maximieren.⁹⁴⁴ Zu beachten ist

⁹³⁸ Vgl. *Grolman*, Grundsätze, §§ 22 f., 138.

⁹³⁹ Vgl. *Binding*, Handbuch, S. 766.

⁹⁴⁰ Vgl. *Hälschner*, Strafrecht, S. 276 ff.

⁹⁴¹ Vgl. *H. Meyer*, Lehrbuch, S. 344, 345 f.

⁹⁴² Vgl. *Bentham*, Introduction I, S. 1 f.

⁹⁴³ Vgl. *Meißner*, Interessenabwägungsformel, S. 165 ff., 168; *Kühn*, Utilitarismus, S. XVIII ff. Als ein anderes wichtiges Kennzeichen der utilitaristischen Idee, das allerdings für die vorliegende Untersuchung nicht unmittelbar relevant ist, gilt der „Hedonismus“.

⁹⁴⁴ Vgl. *Höffe*, Einführung, S. 10 f.

aber auch der Universalisierungsgrundsatz bzw. das Universalitätsprinzip.⁹⁴⁵ Die Maximierung des Glücks bedeutet hier nicht, die Interessen des Handelnden oder einer Einzelperson im größtmöglichen Maß zu verwirklichen. Es kommt auch nicht nur auf die Interessen bestimmter Gruppen, Klassen oder Schichten an. Als Kriterium für die Richtigkeit einer Handlung oder Handlungsregel ist vielmehr das Glück und Wohlergehen aller von der Handlung oder Handlungsregel Betroffenen⁹⁴⁶ bzw. „das größte Glück der größten Zahl“⁹⁴⁷ heranzuziehen.⁹⁴⁸

„Der Utilitarismus ist eine normative Ethik im Sinne einer Sozialpragmatik; er verpflichtet das menschliche Handeln auf das allgemeine Wohlergehen.“⁹⁴⁹

Mit dieser über einen persönlichen oder partikularistischen Standpunkt hinausgehenden Betrachtungsweise verbunden ist schließlich das sogenannte Substitutionsprinzip, wonach man im Moralurteil legitim die Interessenbefriedigung des einen Individuums durch die irgendeines oder irgendwelcher anderen ersetzen kann und muss.⁹⁵⁰ Denn die Utilitaristen verlangen bei den moralischen Überlegungen eine gleiche bzw. unparteiische Abwägung von Interessen aller von der zu bewertenden Handlung oder Handlungsregel betroffenen Einzelpersonen. Die Interessen jeder einzelnen Person werden gleich gewichtet, niemand soll mehr zählen als die anderen. Erst durch eine solche unparteiische Abwägung und Verrechnung der Interessen unterschiedlicher Personen lässt sich ein Vergleich zwischen verschiedenen Nutzensummen der Gesamtheit in alternativen Weltzuständen durchführen, damit man überhaupt zu einem Maximierungsurteil kommen kann, und auch nur dadurch wird ein intersubjektiv akzeptierbares, verallgemeinerbares utilitaristisches Werturteil ermöglicht.

bb) Die Entwicklung der strafrechtlichen Doktrinen

Nach utilitaristischer Ansicht können also die Interessen verschiedener Individuen addiert und verrechnet werden. Das Interesse der Gemeinschaft bzw. der Gesellschaft bildet demgemäß die Summe der Interessen ihrer Mitglieder.⁹⁵¹ Führt eine Handlungsregel bzw. Norm dazu, dass das Interesse der Gesellschaft im größtmöglichen Maß gewahrt werden kann, so stellt sie nach dem Nützlichkeitsprinzip die richtige Regel. Dieser sich am gesamtgesellschaftlichen Nutzen bzw. der Sozial-

⁹⁴⁵ Vgl. *Meißner*, Interessenabwägungsformel, S. 167 f.

⁹⁴⁶ Vgl. *Mill*, Utilitarianism, S. 24: “the happiness which forms the utilitarian standard of what is right in conduct, is not the agent’s own happiness, but that of all concerned”.

⁹⁴⁷ Vgl. *Bentham*, Fragment, S. vi (Preface): “it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong”.

⁹⁴⁸ Vgl. auch *Kühn*, Utilitarianism, S. XIX f.

⁹⁴⁹ *Höffe*, Einführung, S. 11.

⁹⁵⁰ Vgl. *Kliemt*, in: *Höffe* (Hrsg.), Gerechtigkeit, S. 100.

⁹⁵¹ Vgl. *Bentham*, Introduction I, S. 4: “The interest of the community then is [...] the sum of the interests of the several members who compose it.”

nützlichkeit orientierende Gedanke hat die rechtlichen Begründungen für den Notstand als Rechtfertigungsgrund massiv beeinflusst.⁹⁵² Da aber durch eine Notstandshandlung keine Interessen aktiv geschaffen, sondern nur drohende Schäden vermieden werden, kommt in Fällen des Notstands vor allem der sogenannte negative Utilitarismus in Betracht, der sich nach dem Prinzip der Schadensminimierung richtet.⁹⁵³ Danach ist eine Notstandshandlung gerechtfertigt, solange die durch sie geschützten Interessen die beeinträchtigten Güter des unschuldigen Dritten überwiegen. Selbst wenn in diesem Fall die Rechtsgüter eines Unschuldigen untergehen, werden dadurch aber größere Verluste abgewehrt und somit die Interessen der ganzen Gesellschaft „maximiert“. Die Notstandshandlung stellt hier also im Ganzen gesehen durch die Verrechnung der kollidierenden Interessen einen günstigen Saldo für die gesamte Gesellschaft auf. Sie ist daher nützlich für die Gesellschaft und somit gerechtfertigt.

(1) Kritik der Güterabwägungstheorie

Im 19. Jahrhundert trat eine solche Begründung aus utilitaristischer Sicht vor allem in Form einer Güterabwägung auf. Nach *A. Berner* handelt ein Mensch in Not „ohne ein richtiges Verständnis des Verhältnisses der Dinge“ und sei „einer Narrenkappe würdiger [...] als der Krone eines Märtyrers“, wenn er neben einem fremden Brot verhungert. Hier bekunde die unterlassene Aufopferung eines fremden Rechts nicht eine ungewöhnliche Sittlichkeit, sondern „eine ungewöhnliche Torheit“. Der Eingriff in fremdes Eigentum zur Rettung des eigenen Lebens solle daher also durchaus gerechtfertigt sein. Dem stehe das Eigentumsrecht des Dritten auch nicht gegenüber. Denn alle Rechte seien „bedingter Natur, bedingt durch die Möglichkeit des gesellschaftlichen Zustandes, des vernünftigen Zusammenlebens“.⁹⁵⁴

Noch deutlicher rückte *Stammler* das utilitaristische Denken in den Mittelpunkt. Seiner Ansicht nach zeigen die verschiedenen Höhen der Strafen auf, dass die Rechtsordnung selbst anerkenne, dass für sie das eine Rechtsgut einen größeren

⁹⁵² Zu Recht haben *Pawlik*, Notstand, S. 32 und *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 39 darauf hingewiesen, dass der (klassische) Utilitarismus das Glück bzw. das zu maximierende Wohl nicht im Sinne eines bestimmten Gütervorrats, sondern als Bewusstseinszustand verstanden hat, weshalb die Verknüpfung der auf Güter- oder Interessenabwägung abstellenden strafrechtlichen Begründung für den Notstand als Rechtfertigungsgrund mit dem utilitaristischen Gedanken eigentlich nicht ganz zutrifft. Diese schon seit rund hundert Jahren anerkannte Verbindung (vgl. bereits v. *Weber*, Notstandsproblem, S. 2; vgl. auch *Heinitz*, Rechtswidrigkeit, S. 37; *Maurach*, Notstandslehre, S. 69) ist aber auch nicht falsch. Denn den beiden Lehren liegt eine konsequentialistisch-kollektivistische Struktur zugrunde (vgl. *Pawlik*, Notstand, S. 33).

⁹⁵³ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 202; *Merkel*, in: Zustand des Strafrechts, S. 182; *Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 37 Fn. 179.

⁹⁵⁴ Vgl. *A. Berner*, Lehrbuch, S. 100.

Wert habe als das andere. Demzufolge müsse die Rechtsordnung auch im Kollisionsfall dem höherwertigen Rechtsgut den Vorzug geben. Daher sei es nicht rechtswidrig, sondern dem Recht gemäß, zur Erhaltung desjenigen Rechtsguts, welches für die Rechtsordnung von höherem Wert ist, in das ungestörte Dasein eines anderen Rechtsguts vernichtend einzugreifen.⁹⁵⁵ In dieser Zeit befürworteten auch v. Tuhr⁹⁵⁶ und Ru. Merkel⁹⁵⁷ im Bereich des Zivilrechts, dass es ein Recht sei, das auf Utilität basiere und es „vom Standpunkt der sozialen Gesamtinteressen aus“ vernünftig sei, das niedere Rechtsgut zugunsten des Mehrwertigen aufzuopfern, sodass die Summe der erhaltenen Rechtsgüter in den Notstandsfällen am größten bleibe.

Allerdings war die Güterabwägungstheorie in Deutschland heftiger Kritik ausgesetzt. Die deutschen Rechtswissenschaftler waren sich schnell bewusst geworden, dass die Durchsetzung der reinen Güterabwägung in vollem Umfang zu einer „ganz außerordentlichen Erweiterung des Kreises der Notrechte“ führen könnte.⁹⁵⁸ Denn es wäre nach dem Gedanken der Gütererhaltung nicht ausgeschlossen, zum Schutz eines Rechtsguts von ganz geringem Wert den Eingriff in ein noch wertloseres fremdes Rechtsgut zu rechtfertigen, obwohl hier angesichts der Geringwertigkeit der widerstreitenden Rechtsgüter kaum von einer „Not“ die Rede sein kann.⁹⁵⁹ Des Weiteren würde eine Notstandshandlung ebenfalls gerechtfertigt, wenn das dadurch erhaltene Rechtsgut nur ein klein wenig wertvoller⁹⁶⁰ oder sogar schlechthin gleichwertig wie das aufgeopferte ist. Wendet man die Regel der Güterabwägung auf die höchstpersönlichen Rechtsgüter an, müsste sogar ein Finger eines Dritten abgeschnitten werden können, um einem anderen die Hand zu retten.⁹⁶¹ Dass den unschuldigen Dritten in solchen Fällen Duldungspflicht auferlegt werden sollte, steht aber mit dem Rechtsbewusstsein vieler deutscher Strafrechtler nicht im Einklang. Denn so würde übersehen, dass die Notstandshandlung als solche den Rechtsfrieden bzw. „die Festigkeit der Rechtsregel“⁹⁶² beeinträchtigt⁹⁶³ und in die Rechtssphäre bzw. Autonomie des unschuldigen Dritten eingreift. Demzufolge würde das Freiheitsrecht des Dritten in einem nicht akzeptablen Maß geschmälert.

⁹⁵⁵ Vgl. *Stammler*, Darstellung, S. 75 f.

⁹⁵⁶ Vgl. v. *Tuhr*, Notstand, S. 79.

⁹⁵⁷ Vgl. *Ru. Merkel*, Kollision, S. 41.

⁹⁵⁸ Vgl. *Henkel*, Notstand, S. 81.

⁹⁵⁹ Vgl. *Hold v. Ferneck*, Rechtswidrigkeit II, S. 69.

⁹⁶⁰ Vgl. v. *Weber*, Notstandsproblem, S. 54.

⁹⁶¹ Vgl. v. *Buri*, Beiträge, S. 119.

⁹⁶² Schon im Jahr 1878 hat *Janka*, Notstand, S. 168 hervorgehoben, dass neben die Rücksicht auf das umfassendere Interesse gegenüber dem beschränkteren auch die Rücksicht auf „die Festigkeit der Rechtsregel“ treten muss.

⁹⁶³ Vgl. *Oetker*, in: v. Birkmeyer (Hrsg.), Darstellung II, S. 331. Danach ist die Begehung der verbotenen Handlung an sich, selbst wenn sie niemanden verletzt, ein Übel, das keineswegs ohne Weiteres gegenüber dem Erleiden des drohenden Nachteils als das kleinere gelten kann.

(2) Vermittelnde Ansichten

Trotz dieses Mangels wurde jedoch die Lehre der Güterabwägung nicht grundsätzlich abgelehnt. Schon Ende des 19. Jahrhunderts wurde statt des Verzichts auf die Güterabwägungslehre versucht, sie durch Mitberücksichtigung der anderen Prinzipien der freiheitlichen Rechtsordnung, insbesondere der Freiheitsrechte und Autonomie des unschuldigen Dritten, zu ergänzen bzw. einzuschränken. Nach *v. Buri* soll z.B. die gesetzliche Regel, dass man andere nicht verletzen soll, nicht zu einfach durchbrochen werden dürfen, sonst wird die Autorität der Regel geschädigt, was ein Übel für den Staat darstellt. Daher ist eine Notstandshandlung erst dann gerechtfertigt, wenn der drohende Verlust nach den gegenwärtigen Kulturanschauungen ein „recht ansehnlicher“ ist und im Vergleich zum beschädigten geringeren Interesse auf eine bedeutende Differenz schließen lässt, sodass dem unschuldigen Träger des geringeren Interesses die Opferung desselben zugunsten des bedrohten höheren vom Staat zugemutet werden kann.⁹⁶⁴ Selbst *Ru. Merkel* als einer der berühmtesten Vertreter der Güterabwägungslehre gab zu, dass ihre Anwendung eingeschränkt werden sollte.⁹⁶⁵

Mit dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900, in dem § 904 als Rechtfertigungsgrund statuiert wurde, schien es in Anbetracht der Einheit der Rechtsordnung zwangsläufig, anzunehmen, dass der Notstand unter Umständen auch strafrechtlich gerechtfertigt sein müsste.⁹⁶⁶ Da aber damals neben dem utilitaristischen Denken kaum eine andere Möglichkeit zur Verfügung stand, mit der der Notstand als gerechtfertigt erklärt werden konnte, setzten sich Anfang des 20. Jahrhunderts die Bemühungen in der Literatur fort, ein Argument durch Kombination des utilitaristischen Denkens mit dem Autonomie- bzw. Eigenverantwortungsprinzip und anderen freiheitlichen Rechtsprinzipien zu entwickeln. Inzwischen lassen sich im Grunde genommen zwei Lösungssätze unterscheiden, die bis heute noch wirken.

Ein Teil der Literatur erzielte die Einschränkung der reinen Güterabwägungstheorie, indem er die grundlegenden freiheitlichen Rechtsprinzipien als weitere in Betracht kommende Rechnungsposten in die Abwägung der kollidierenden Güter bzw. Interessen einbezog. *Graf zu Dohna* hielt es z.B. einerseits für selbstverständlich, dass in Notstandsfällen das überwiegende Interesse den Ausschlag gibt. Aber auf der anderen Seite wird die rein qualitative und quantitative Verrechnung der kollidierenden Güter durch einen der den Anforderungen der sozialen Gemeinschaft entsprechenden Grundsätze modifiziert:

„Es ist ein jeder gehalten, einen ihm drohenden Schaden auf sich zu nehmen, und nicht berechtigt, ihn auf einen unbeteiligten Dritten abzuwälzen.“

⁹⁶⁴ Vgl. *v. Buri*, Beiträge, S. 116, 119, 123, 129 f.

⁹⁶⁵ Vgl. *Ru. Merkel*, Kollision, S. 45.

⁹⁶⁶ Vgl. *Oetker*, FG für Frank I, S. 370. Dies galt schon damals als die h.M., vgl. dazu *Lohe*, FG für Frank I, S. 56 f. Er selbst vertrat jedoch eine abweichende Ansicht.

Daher ist der Notstandstäter erst dann berechtigt, den Schaden einem Dritten aufzubürden, wenn der ihm drohende gegenüber dem dem Dritten zuzufügenden unverhältnismäßig größer ist.⁹⁶⁷ Auch *Sauer* erklärte das Nützlichkeitsprinzip als „juristisches Grundgesetz“. Bei dem Kosten-Nutzen-Kalkül ist aber neben dem Gemeinwohl und der Gerechtigkeit, welche die materielle Seite der Rechtsidee bilden, auch die Rechtssicherheit als die formal-juristische Seite der Rechtsidee zu beachten.⁹⁶⁸ Nicht zuletzt wies auch *Mezger* darauf hin, dass bei der Feststellung der rechtlichen Bewertung des Interesses „alle Momente der konkreten Umstände“ zu berücksichtigen sind.⁹⁶⁹

Diese Tendenz zur Integrierung des auf den Schutz individueller Rechte gerichteten Autonomieprinzips in die durch Konsequentialismus und Nützlichkeitsprinzip geprägte utilitaristische Lehre erreichte ihren Höhepunkt im Jahr 1965 mit der Veröffentlichung des Werks „Der rechtfertigende Notstand“ von *Lenckner*. Dieser bezeichnete auch den Grundsatz des überwiegenden Interesses als allgemeines Rechtfertigungsprinzip, erweiterte aber den Begriff „Interesse“. Seiner Meinung nach ist die Interessenabwägung basierend auf einer „Gesamtschau“ aller entscheidungsrelevanten Umstände zu vollziehen.⁹⁷⁰ Zum Kreis der bei der Abwägung ins Gewicht fallenden Interessen kommen also neben den Interessen im materiellen Sinne noch „die des einzelnen an der Unverletzlichkeit seines ihm von der Rechtsordnung zugewiesenen Herrschaftsbereichs gegen Eingriffe von außen und, damit zusammenhängend, die Interessen der Gemeinschaft an der Wahrung des allgemeinen Rechtsfriedens“. Auch die allgemeinen und obersten Rechtsprinzipien, wie etwa Achtung der Menschenwürde und Gleichheitssatz, können Gegenstand von Interessen sein, die bei der Abwägung gleichfalls in Rechnung zu stellen sind.⁹⁷¹ Mit anderen Worten: Die Interessenabwägung bezieht sich nicht nur auf die in einem Konflikt stehenden materiellen Rechtsgüter, sondern auf „die Gesamtheit der dem konkreten Sachverhalt innewohnenden ‚positiven und negativen Vorzugstendenzen‘“.⁹⁷² Diese „Gesamtabwägungslehre“ hat in Deutschland nicht nur wesentlichen Einfluss auf die strafrechtliche Gesetzgebung ausgeübt, sie wurde auch von den deutschen Strafrechtlern weitgehend übernommen. Bis heute findet diese Lehre immer noch zahlreiche Anhänger.⁹⁷³

Hingegen versuchten einige andere Autoren, der Güterabwägung eine zusätzliche, externe Grenze zu setzen. Danach reicht ein günstiger Saldo nach Verrech-

⁹⁶⁷ Vgl. *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, S. 128 f.

⁹⁶⁸ Vgl. *Sauer*, Strafrechtslehre, S. 48, 51, 55 f., 108.

⁹⁶⁹ Vgl. *Mezger*, Gers 89 (1924), 313, 314 Fn. 1; *ders.*, AT, S. 106 f., wonach das Güterabwägungsprinzip ein allgemeines Rechtfertigungsprinzip darstellt.

⁹⁷⁰ Vgl. *Pawlik*, Notstand, S. 49; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 44.

⁹⁷¹ Vgl. *Lenckner*, Notstand, S. 120 ff., 128.

⁹⁷² Vgl. *Lenckner*, GA 1985, 299 f.

⁹⁷³ Vgl. unten Teil 3, Fn. 1045 ff.

nung der im Konflikt stehenden Rechtsgüter allein noch nicht für eine Rechtfertigung des Notstands. Die Notstandshandlung als solche muss darüber hinaus mit den freiheitlichen Rechtsprinzipien zu vereinbaren sein. Nach der vor allem von *v. Liszt*⁹⁷⁴ und *Eb. Schmidt*⁹⁷⁵ vertretenen und u.a. von *Henkel*,⁹⁷⁶ *Welzel*⁹⁷⁷ und *Siegert*⁹⁷⁸ im Wesentlichen befolgten „Zwecktheorie“ sind z.B. nur diejenigen Notstandshandlungen rechtmäßig, die mit angemessenem Mittel den richtigen Zweck erstreben.⁹⁷⁹ Demzufolge ist die Opferung eines minderwertigen Interesses zur Erhaltung eines höherwertigen nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem richtigen, nämlich dem Kulturfortschritt dienenden, das Gemeinschaftsleben fördernden und erhaltenden Zweck entspricht und das angemessene Mittel darstellt. Für die Bestimmung der Richtigkeit des Zwecks sowie der Angemessenheit des Mittels sind die Anschauungen und Wertungen der Gemeinschaft⁹⁸⁰ maßgebend. In diesem Sinne wirkte die Zwecktheorie als „einschränkendes Korrektiv gegenüber dem Güterabwägungsgedanken“.⁹⁸¹

Andererseits wurde auch betont, dass die Güterabwägungstheorie ihre Grenze bei bestimmten Rechtsgütern finden soll, die durchaus verrechnungsfeindlich sind. *Maurach* sah z.B. zwar den Gedanken der Güterabwägung bzw. das Prinzip des überwiegenden Interesses als Aufklärung über die Rechtfertigung des Notstands an. Seiner Meinung nach muss man aber auch berücksichtigen, dass die Verallgemeinerung der Güterabwägungslehre den Rechtsfrieden erschüttern müsste, und dass die mit der Persönlichkeit untrennbar verbundenen Güter unabwägbar sind.⁹⁸²

Nach der Einfügung des § 34 StGB, in dem sowohl die Interessenabwägung als auch die der Zwecktheorie entnommene⁹⁸³ Angemessenheitsklausel vorgesehen werden, verbreitet sich die Ansicht in der deutschen Literatur, dass dem rechtfertigenden Notstand eine Verbindung der Abwägungs- und Zwecktheorie zugrunde

⁹⁷⁴ Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch, S. 133.

⁹⁷⁵ Vgl. *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929), 375 ff.

⁹⁷⁶ Vgl. *Henkel*, Notstand, S. 86 ff.

⁹⁷⁷ Vgl. *Welzel*, Strafrecht, S. 82 f.

⁹⁷⁸ Vgl. *Siegert*, Notstand, S. 24 f. Der vertrat aber eine vermittelnde Ansicht zwischen der Güterabwägungs- und der Zwecktheorie.

⁹⁷⁹ Eine ähnliche Formulierung fand sich eigentlich bereits bei *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, S. 48 und war auch bei *Sauer*, Strafrechtslehre, S. 56 zu lesen. Dort stand dieser Gedanke aber nicht im Mittelpunkt der Argumentation.

⁹⁸⁰ Zu nennen sind z.B. die in der Gemeinschaft herrschenden Kulturanschauungen, die in den staatlichen Einrichtungen erkennbar hervortretenden Wertungen, die Lebensgewohnheiten, Verkehrsgepflogenheiten, Zeitströmungen, vor allem aber die sittlichen Anschauungen und Kulturideale der Zeit und des Volks (*Eb. Schmidt*, ZStW 49 [1929], 376; *Henkel*, Notstand, S. 87).

⁹⁸¹ *Lenckner*, Notstand, S. 62. Vgl. so auch *Henkel*, Notstand, S. 88 f.; *Siegert*, Notstand, S. 24 f.

⁹⁸² Vgl. *Maurach*, AT, S. 267 f., 287 f.

⁹⁸³ *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 46.

liegt.⁹⁸⁴ Weitgehend wird daher anerkannt, dass beim § 34 StGB das utilitaristische Denken zum Ausdruck kommt, welches aber wieder durch die freiheitlichen Rechtsprinzipien abgeschwächt wird.

Nach *Hruschka* beruht z.B. § 34 StGB auf dem Prinzip der Interessenverrechnung. Wegen des Autonomie- bzw. Sicherungsprinzips⁹⁸⁵ verdient aber nicht das größere, sondern nur das wesentlich größere Interesse den Vorrang.⁹⁸⁶ Darüber hinaus wird das Prinzip der Interessenverrechnung durch die Angemessenheitsklausel noch einmal eingeschränkt. Daher enthält die gesetzliche Regelung über den rechtfertigenden Notstand „einen Kompromiss zwischen dem Sicherungs- und dem Verrechnungsprinzip“.⁹⁸⁷ Auch *Meißner* bewertet den Rechtsgedanken der Interessenabwägungsformel, die dem utilitaristischen Argumentationsmuster entspricht, als Lösungsprinzip des rechtfertigenden Notstands. Dies wird aber wieder durch die vom deontologischen Prinzip geprägte Angemessenheit beschränkt: Die Achtung des Lebens und der Menschenwürde gilt absolut und ist daher von einer „sozialpragmatischen Einzelfallbetrachtung nach Nützlichkeitsabwägungen“ weit entfernt.⁹⁸⁸ In neuerer Zeit vertritt noch *Momsen* ausdrücklich, dass § 34 StGB „von der Anlage her utilitaristischen Prinzipien“ folgt. Den Nützlichkeitsabwägungen werden aber das Rechtsgut Leben, das sich gegen eine utilitaristische Aufrechnung sperrt, und die allgemeinen Rechtsprinzipien entzogen. Auch die Klausel der Angemessenheit wirkt zusätzlich einschränkend in den Fällen, in denen zur Erhaltung kollidierender Interessen bereits ein bestimmtes Verfahren gesetzlich vorgesehen ist.⁹⁸⁹

Festzuhalten ist jedenfalls, dass sich die rein utilitaristische Begründung für den Notstand als Rechtfertigungsgrund in Deutschland nicht durchzusetzen vermag. Auch der letzte, von *Joerden* untergenommene Versuch, § 34 StGB dadurch einheitlich utilitaristisch zu erklären, dass in § 34 Satz 1 StGB das Verrechnungsprinzip und in Satz 2 eine regelutilitaristische Begrenzung verankert sei,⁹⁹⁰ hat in der Literatur kaum Beifall erhalten.⁹⁹¹

⁹⁸⁴ Vgl. *Maurach/Zipf*, AT I, § 27 Rdn. 38.

⁹⁸⁵ Mit dem „Sicherungsprinzip“ meint *Hruschka*, *Strafrecht*, S. 111, dass „jede Person mit den Interessen ihrer Sphäre dafür einzustehen hat, dass aus dieser ihrer Sphäre heraus keine Schäden für die rechtlich anerkannten Interessen anderer Personen entstehen“. Inhaltlich entspricht es im Fall des Aggressivnotstands dem vom Autonomieprinzip und Selbstbestimmungsrecht abgeleiteten Abwälzungsverbot.

⁹⁸⁶ Vgl. *Hruschka*, *JuS* 1979, 390.

⁹⁸⁷ Vgl. *Hruschka*, *Strafrecht*, S. 113 f., 115 f.

⁹⁸⁸ Vgl. *Meißner*, *Interessenabwägungsformel*, S. 181 ff., 212 ff.

⁹⁸⁹ Vgl. v. *Heintschel-Heinegg-Momsen*, § 34 Rdn. 5.1, 8.1, 19.

⁹⁹⁰ Vgl. *Joerden*, *GA* 1991, 414 ff.

⁹⁹¹ Zur Kritik dieser Begründung, vgl. etwa *Pawlik*, *Notstand*, S. 53; *Kühnbach*, *Solidaritätspflichten*, S. 47.

c) *Solidaritätspflicht als Legitimationsgrund*

Zur Begründung des rechtfertigenden Notstands wird heute in der deutschen Literatur aber immer mehr die Solidaritätspflicht des Betroffenen aufgegriffen. Nach vielen Autoren soll dadurch erklärt werden können, warum und in welchen Fällen die freiheitliche Rechtsordnung ausnahmsweise den Eingriff in die Rechtssphäre eines unschuldigen Dritten und die Aufopferung seiner Rechtsgüter zum Schutz anderer Interessen erlaubt, ohne dass dadurch seine Freiheitsrechte, vor allem seine Autonomie, beeinträchtigt werden.

aa) Zum Begriff „Solidarität“

Der Begriff „Solidarität“ speist sich aus mehreren historischen Quellen. Eine Solidarität im Sinne emotionaler Verbundenheit lässt sich bereits bei den biologischen Banden (wie etwa Blutsverwandtschaft) in der Frühphase der Menschheitsentwicklung und später bei der biblisch-christlichen Brüderlichkeit beobachten.⁹⁹² In philosophischer und politischer Hinsicht findet der Solidaritätsbegriff seine Wurzel schon in *Aristoteles'* Konzept der „Freundschaft“,⁹⁹³ die von ihm als der Wille zusammenzuleben verstanden und als elementarer Bestandteil einer funktionierenden Gesellschaft betrachtet wurde,⁹⁹⁴ und im juristischen Bereich sogar bereits in dem im Römischen Recht verankerten Prinzip *obligatio in solidum*, welches „eine wechselseitige Verpflichtung und Verbundenheit von Schuldnern durch eine gemeinsame Schuld“⁹⁹⁵ bedeutet.⁹⁹⁶ Dennoch zählt dieser Begriff unter den Kategorien des moralischen und politischen Denkens zu einem der jüngsten.⁹⁹⁷ Denn er hat sich erst seit dem Ende des 18. Jahrhunderts insbesondere durch die französische Revolutionsverfassung über den schuldrechtlichen Kontext hinaus verallgemeinert,⁹⁹⁸ ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor allem wegen der Arbeiterbewegung⁹⁹⁹ in der politischen Sprache verbreitet¹⁰⁰⁰ und wurde erst im 20. Jahrhundert in die Moralphilosophie übernommen.¹⁰⁰¹

⁹⁹² Vgl. *Brunkhorst*, Solidarität, S. 10.

⁹⁹³ Vgl. *Bayertz*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 23 f., 32.

⁹⁹⁴ *Schulze*, in: Becker/Krätschmer-Han (Hrsg.), Fundamente, S. 231.

⁹⁹⁵ *Zürcher*, Solidarität, S. 53.

⁹⁹⁶ Vgl. dazu *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 97; *Brunkhorst*, Solidarität, S. 10; *Volkman*, Solidarität, S. 3; *Schulze*, in: Becker/Krätschmer-Han (Hrsg.), Fundamente, S. 231.

⁹⁹⁷ Vgl. *Bayertz*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 11.

⁹⁹⁸ Vgl. dazu *Dallinger*, Solidarität, S. 24; *Brunkhorst*, Solidarität, S. 10 f. Damals wurde auch der Begriff „Brüderlichkeit“ nahezu als Synonym für „Solidarität“ verwendet. Später wurde dieser jedoch zunehmend vom Solidaritätsbegriff ersetzt (vgl. dazu *Bayertz*, in: ders. [Hrsg.], Solidarität, S. 11).

⁹⁹⁹ Vgl. *Kim*, Solidarität, S. 6; *Bayertz*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 40 f.

¹⁰⁰⁰ *Dallinger*, Solidarität, S. 22.

¹⁰⁰¹ Vgl. *Bayertz*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 11.

Wegen der Verschiedenheit der Ursprünge wird der Begriff „Solidarität“ seit langer Zeit – und heutzutage immer noch – in zahlreichen Fachdisziplinen, wie etwa Philosophie, Soziologie, Sozialethik, Volkswirtschaft, Psychologie, Pädagogik und nicht zuletzt auch in der Rechtswissenschaft uneinheitlich und auch häufig ungeklärt gebraucht.¹⁰⁰² Eine einheitliche Definition für Solidarität besteht deshalb nicht. Vielmehr changiert ihre Bedeutung und passt sich nur dem jeweiligen Kontext an.¹⁰⁰³ Sie wurde von verschiedenen Autoren z.B. definiert als „Unterordnung bzw. Zusammenfassung des Strebens gesellschaftlich zu verbindender oder verbundener Kräfte mit Rücksicht auf ein sittlich erlaubtes oder sittlich gefordertes, gemeinsames Ziel“,¹⁰⁰⁴ als „eine Bindung, ein Zusammenstehen, ein Einstehen und Mitverantwortlichkeit der Person für Personen“,¹⁰⁰⁵ als eine „Fähigkeit, auch Menschen, die himmelweit verschieden von uns sind, doch zu ‚uns‘ zu zählen“,¹⁰⁰⁶ als „Gefühl der Zusammengehörigkeit zwischen Personen, die, trotz Differenzen, ihre Interessenlage und Ziele als gleich verstehen“ bzw. als „Verbundenheit durch latente Reziprozität“¹⁰⁰⁷ oder als „die Pflicht einer Personengesamtheit, für jeden ihrer Angehörigen, und die Pflicht eines jeden Angehörigen, für die Gesamtheit einzustehen“. ¹⁰⁰⁸ Teilweise wird das Solidaritätsprinzip auch als „Grundartikel eines Kosmos endlicher sittlicher Personen“¹⁰⁰⁹ bezeichnet.

Dieser Facettenreichtum von Solidarität führt jedoch nicht zur Unbrauchbarkeit dieses Begriffs. Denn es ist allgemein anerkannt, dass sich den heterogenen Verwendungsweisen ein gemeinsamer, deskriptiver und konsensfähiger Kern des Solidaritätsbegriffs entnehmen lässt: Solidarität bedeutet immer eine Form gegenseitiger und gemeinschaftsstiftender Verbundenheit zwischen den Mitgliedern einer Gruppe von Menschen, die ein Element der Verantwortung und der Sorge für andere einschließt.¹⁰¹⁰ Die Bereitschaft, anderen in Notsituationen zu helfen, und die Mitmenschlichkeit, die dieser Hilfsbereitschaft zugrunde liegt, sind also im Solidaritätsbegriff immanent.¹⁰¹¹

¹⁰⁰² Vgl. *Depenheuer*, Solidarität, S. 13 m.w.N. Ein eingehender Überblick findet sich z.B. bei *Schmelter*, Solidarität, S. 7–82 und *Züricher*, Solidarität, S. 53 ff.

¹⁰⁰³ Vgl. *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 98. *Depenheuer*, Solidarität, S. 13 bezeichnet den Solidaritätsbegriff als „schillernd“.

¹⁰⁰⁴ *Pesch*, Nationalökonomie, S. 397.

¹⁰⁰⁵ *Hartmann*, Ethik, S. 445.

¹⁰⁰⁶ *Rorty*, Kontingenz, S. 310.

¹⁰⁰⁷ *Hondrich/Koch-Arzberger*, Solidarität, S. 14.

¹⁰⁰⁸ *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 98.

¹⁰⁰⁹ *Scheler*, Formalismus, S. 523.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Bayertz*, in: ders. (Hrsg.), Solidarität, S. 11; *Volkman*, Solidarität, S. 6.

¹⁰¹¹ Vgl. *Ruland*, NJW 2002, 3518.

bb) Solidaritätspflicht und Notstand

Anders als die utilitaristische, auf den Gesamtinteressen der Gesellschaft basierende Begründung geht die Lehre von der Solidaritätspflicht vom Standpunkt des Individuums aus und versucht, die Legitimation des Notstands dadurch zu erklären, dass selbst ein unschuldiger Dritter angesichts seiner Mitverantwortlichkeit für die anderen unter Umständen verpflichtet ist, die in seine Rechtssphäre eingreifende Notstandshandlung zu dulden. Diese Verpflichtung wird nicht durch die Maximierung des sozialen Gesamtnutzens begründet. Sie geht darauf zurück, dass auch der Betroffene selbst als vernünftiger Mensch ihr zustimmen müsste, und ist daher mit der Autonomie des Betroffenen vereinbar. Denn keine Einzelperson kann isoliert von der Gesellschaft leben; sie ist vielmehr auf die gegenseitige Hilfe der Menschen angewiesen. Somit müssen alle Mitglieder einer sozialen Gemeinschaft, die – bildlich gesprochen – „in einem Boot“ sitzen, auf Gedeih und Verderb zusammenhalten und sich gewissermaßen umeinander kümmern. Das heißt: Jeder muss und will auch für einen anderen eintreten und bereit sein, ggf. seine eigenen Interessen zur Gewährleistung der Rechtsgüter eines anderen aufzuopfern bzw. seine freiheitlichen Rechte teilweise aufzugeben.

Die Idee der Solidarität ist also mehr als eine politische Parole oder ein moralisches Kriterium; sie gilt auch als ein Rechtsprinzip und begründet die wechselseitige Verpflichtung zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft. Spezifisch in Bezug auf den Aggressivnotstand bedeutet dies, dass der Dritte in einer Notstandslage zwar nicht für die Entstehung der Gefahr verantwortlich ist, er jedoch aufgrund der solidarischen Verbundenheit zwischen ihm und den anderen Mitgliedern der sozialen Gemeinschaft in gewissen Maßen hinnehmen bzw. dulden muss, dass seine Interessen zum Schutz derer eines anderen in Anspruch genommen werden.¹⁰¹² Eine solche Duldungspflicht, die sich aus der Solidarität ergibt, wird auch „(negative) Solidaritätspflicht“ genannt. Dieser Pflicht entsprechend ist die Notstandshandlung als eine gerechte Handlung zu bewerten, weshalb der Aggressivnotstand auch gerechtfertigt wird.

Zwar findet sich eine Begründung solcher Art bereits im Jahr 1911 bei *Baumgarten*¹⁰¹³ und der Gedanke der Solidarität wurde in den 1920er Jahren auch von *Heinitz*¹⁰¹⁴ zur Erklärung der Legitimation des Aggressivnotstands aufgegriffen. In den anschließenden Jahrzehnten scheint jedoch diese Lehre in Vergessenheit geraten zu sein. Trotz vereinzelter Erwähnungen¹⁰¹⁵ wurde der Gedanke der Solidarität kaum in den Mittelpunkt der Begründung gerückt. Erst Ende des 20. Jahrhunderts hat die

¹⁰¹² Vgl. *Kühl*, FS für Hirsch, S. 266.

¹⁰¹³ Vgl. *Baumgarten*, Notstand, S. 62 ff.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Heinitz*, Rechtswidrigkeit, S. 37 f.

¹⁰¹⁵ Vgl. z.B. *Lenckner*, Notstand, S. 49 f.; *Gallas*, ZStW 80 (1968), 23 f.; *Küper*, Notstand, S. 26 f., 31, 148.

Lehre der Solidaritätspflicht als Legitimationsgrund des Notstands eine bemerkenswerte Wiederbelebung erfahren und findet seither die Zustimmung zahlreicher Strafrechtsgelehrter.¹⁰¹⁶

Inzwischen wird sie auch zur Erklärung des Defensivnotstands herangezogen. Beim Defensivnotstand handelt es sich zwar um die Abwehr einer gerade aus der Sphäre des Eingriffsopfers stammenden Gefahr, die die Interessen des Notstandstäters bedroht, weshalb die Begründung der Eingriffsbefugnis analog zur Notwehr nicht schwerfällt. Nach § 228 BGB soll aber der Defensivnotstand – anders als Notwehr – seine Grenze an der Unverhältnismäßigkeit des verursachten Schadens im Vergleich zum geschützten Interesse finden. Diese Einschränkung des Eingriffsrechts hat zur Folge, dass auch beim Defensivnotstand die Rechtsgüter des Unschuldigen (also des Notstandstäters) zugunsten des für die Gefahr zuständigen Eingriffsopfers aufgegeben werden müssen, wenn das Interesse des Letzteren sie wesentlich überwiegt. Insofern sind Defensiv- und Aggressivnotstand trotz ihrer Verschiedenheit wertungsmäßig gleich.¹⁰¹⁷ Daher lässt sich diese Einschränkung der Defensivnotstandsbefugnis ebenfalls anhand der Solidaritätspflicht erklären: Aufgrund der Solidarität wird auch hier dem unschuldigen Notstandstäter ein Sonderopfer abverlangt, sodass seine Freiheitssphäre verkleinert wird.¹⁰¹⁸

Obwohl heute in Deutschland weitgehend akzeptiert ist, dass der rechtfertigende Notstand durch die Solidaritätspflicht des Betroffenen zu erklären ist, haben die meisten Vertreter jedoch dieses Ergebnis nur ohne jede Begründung behauptet. Es sieht so aus, dass hier die Begründungsbedürftigkeit wohl aufgrund der Plausibilität¹⁰¹⁹ oder der persuasiven Kraft des Solidaritätsbegriffs¹⁰²⁰ nicht ernst genommen wird. So wird teilweise sogar davon ausgegangen, dass das Solidaritätsprinzip auf „einer nicht weiter deduktiv ableitbaren Wertentscheidung“ beruhe.¹⁰²¹ Bisher haben sich nur wenige Autoren bemüht, eine passende und überzeugende Begründung für die Solidaritätspflicht zu liefern. So hat z.B. *Merkel* unter Berufung auf *Rawls'* Theorie der Gerechtigkeit,¹⁰²² *Kühl* mit *Habermas'* Ansatz, dass Gerechtigkeit

¹⁰¹⁶ Vgl. nur *SK-Günther*, § 34 Rdn. 1, 11; *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 9; *Jakobs*, AT, 11/3; *Kindhäuser*, AT, § 15 Rdn. 4; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 295; *Engländer*, GA 2010, 20; *Frisch*, FS für Puppe, S. 438 f.; *MK-Erb*, § 34 Rdn. 7 f.; *Kühl*, AT, § 8 Rdn. 9 f.; *Perron*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung, S. 94; *Puppe*, FS für Stree/Wessels, S. 185; *Merkel*, in: Zustand des Strafrechts, S. 180 ff.; *Renzikowski*, Notstand, S. 188 ff.; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 52 ff.

¹⁰¹⁷ Vgl. *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 89.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 194 f.

¹⁰¹⁹ So *Kühl*, FS für Hirsch, S. 267.

¹⁰²⁰ So *Pawlik*, Notstand, S. 59 f.

¹⁰²¹ *Renzikowski*, Notstand, S. 197.

¹⁰²² Vgl. *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Zustand des Strafrechts, S. 184 f.

keit und Solidarität zwei Aspekte derselben Sache sind,¹⁰²³ und schließlich *Pawlik* durch eine neue Interpretation *Hegelscher* Rechtsphilosophie¹⁰²⁴ versucht, den rechtfertigenden Notstand zu begründen. In Einzelheiten herrscht hierüber noch Streit.¹⁰²⁵ Insbesondere ist heute in Deutschland noch nicht hinreichend geklärt, wie die Solidaritätspflicht in Grenzfällen zu bestimmen ist und dabei die Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstands beeinflusst.¹⁰²⁶

d) Zwischenergebnis

Obwohl sich *Kants* Ansicht heutzutage noch bei der Auslegung des entschuldigenden Notstands wesentlich auswirkt,¹⁰²⁷ gelten die strafrechtlichen Auffassungen, nach denen Notstand keinen Rechtfertigungsgrund bilden könne, in Deutschland als überholt. Nach einem mehr als hundert Jahre andauernden Streit über die Eigenschaft des Notstands besteht jetzt Einigkeit darüber, dass Notstand, wie in § 34 StGB und §§ 228, 904 BGB geregelt wird, unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigende Wirkung entfaltet. Die rein utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands in Form einer Güterabwägung kann sich aber in Deutschland nicht durchsetzen. Während heute noch ein Teil der Literatur davon ausgeht, dass der rechtfertigende Notstand durch eine Kombination der utilitaristischen Lehre mit dem auf den Schutz individueller Rechte gerichteten Autonomieprinzip zu begründen ist, findet die Ansicht zunehmend Zustimmung, nach der der Legitimationsgrund des rechtfertigenden Notstands in der Solidaritätspflicht des Betroffenen liegt.

B. Notstandslage

Im Folgenden ist weiter zu erörtern, ob die Rettungsfolter die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands erfüllt. Die Anwendbarkeit des § 34 StGB setzt zunächst einmal eine Notstandslage voraus. Es muss also eine gegenwärtige Gefahr

¹⁰²³ Vgl. *Kühl*, FS für Hirsch, S. 274 f.

¹⁰²⁴ Vgl. *Pawlik*, Notstand, S. 83 ff.

¹⁰²⁵ So hat *Pawlik*, Notstand, S. 67 ff. Kritik an *Merkel* geäußert. Seine Interpretation der *Hegelschen* Notrechtslehre wird aber auch von *Küper*, JZ 2005, 114 f. kritisiert.

¹⁰²⁶ Dies zeigt sich bspw. in der neueren Diskussion über die Anwendbarkeit des Aggressivnotstands beim Flugzeugabschuss zur Rettung des Lebens einer Menschengruppe am Boden. NK-*Neumann*, § 34 Rdn. 77 bejaht diese Frage mit der Begründung, dass der Flugzeugabschuss keine Überdehnung der im Rahmen des § 34 StGB geforderten Solidaritätspflicht der nicht mehr zu rettenden Passagiere bedeutet. Im Gegenteil würde die Solidarität des anderen überfordern, wer darauf bestehen würde, ihn um einer ganz geringfügigen Verlängerung des eigenen Lebens willen mit sich in den Tod zu reißen. Diese Begründung hält aber *Pawlik*, JZ 2004, 1049 f. für „höchst missverständlich“.

¹⁰²⁷ Vgl. *Kühl*, FS für Lenckner, S. 148.

für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes beliebiges¹⁰²⁸ Rechtsgut – sogenanntes Erhaltungsgut – bestehen. Die durch das Verhalten des Entführers bedrohten Rechtsgüter eines entführten Kindes, nämlich sein Leben, seine körperliche Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit und möglicherweise auch seine Würde, sind zweifellos notstandsfähig.

1. Beurteilung der Gefahr

Unter dem Begriff „Gefahr“ i.S.d. § 34 StGB wird nach h.M. – trotz verschiedener Formulierungen – ein objektiver Zustand verstanden, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.¹⁰²⁹ Da es sich dabei um ein Wahrscheinlichkeitsurteil handelt, das naturgemäß unvermeidlich mit einer Prognose der zu erwartenden Geschehensentwicklung verbunden ist, herrscht im Ergebnis Einigkeit, dass es zur Beurteilung des Vorliegens einer Notstandslage bzw. einer Gefahr nicht ausschließlich auf eine *ex post*-Beurteilung ankommt.¹⁰³⁰ Denn „selbst bei Bekanntsein aller in der Handlungssituation bereits angelegten Kausalfaktoren“ kann niemand „in die Zukunft blicken“.¹⁰³¹ Vom Notstandstäter darf nicht gefordert werden, die im Wahrscheinlichkeitsurteil immanente Ungewissheit bereits zum Zeitpunkt der Notstandshandlung zu beseitigen. Mit dieser Ungewissheit kann er vielmehr nicht belastet werden.¹⁰³² Deswegen wird von der h.M. für die Beurteilung des Vorliegens einer Notstandslage bzw. einer Gefahr ausschließlich auf eine (objektive) *ex ante*-Sicht abgestellt.¹⁰³³

¹⁰²⁸ So die ganz h.M. Vgl. dazu nur *Fischer*, StGB, § 34 Rdn. 3 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rdn. 4; *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 9 f.; *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 22 ff. Bezüglich der Rechtsgüter der Allgemeinheit einschränkend jedoch *LK-Neumann*, § 34 Rdn. 22; *SK-Günther*, § 34 Rdn. 24; *Frister*, AT, 17. Kap. Rdn. 2.

¹⁰²⁹ Vgl. *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 26; *Fischer*, StGB, § 34 Rdn. 3; *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 12; *J. Kretschmer*, Jura 2005, 662; *MK-Erb*, § 34 Rdn. 60; *LK¹¹-Hirsch*, § 34 Rdn. 26; *SK-Günther*, § 34 Rdn. 18; *Kühl*, AT, § 8 Rdn. 38; *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rdn. 2; *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 39; *S/S/W-Rosenau*, § 34 Rdn. 8; *Heinrich*, AT I, Rdn. 405. Vgl. auch *BGHSt* 18, 271, 272; 26, 176, 179; 48, 255, 258.

¹⁰³⁰ Vgl. *SK-Günther*, § 34 Rdn. 22.

¹⁰³¹ *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 8.

¹⁰³² Vgl. *J. Kretschmer*, Jura 2005, 663.

¹⁰³³ Vgl. nur *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 48; *Heinrich*, AT I, Rdn. 406; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361. Unter Hervorhebung einer objektiv-nachträglichen Prognose, nämlich der *ex ante*-Bewertung eines sachverständigen Beurteilenden mit Rücksicht auf das Sonderwissen des Handelnden: *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 15, 18; *Jakobs*, AT, 13/13; *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 9; *Kühl*, AT, § 8 Rdn. 45, 52; *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rdn. 2; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 304; *S/S/W-Rosenau*, § 34 Rdn. 9; *J. Kretschmer*, Jura 2005, 664 f.; *Joecks*, StGB, § 34 Rdn. 14. Vgl. auch *Pawlik*, Notstand, S. 171 ff. m.w.N. Insoweit unklar aber *BayOLG NJW* 2000, 888.

Eine andere Ansicht differenziert hingegen zwischen der Diagnose der konkreten Handlungssituation und der darauf basierenden Prognose der weiteren Entwicklung des Geschehens. Danach müssen zwar die gefahrrelevanten Umstände tatsächlich vorhanden sein, was einer *ex post*-Betrachtung unter Berücksichtigung später gewonnener Kenntnisse des Geschehensverlaufs unterliegt. Bei der Wahrscheinlichkeitsprognose, dass die abzuwendende Gefahr ohne rechtzeitige Intervention in eine Rechtsgutsbeeinträchtigung umschlagen würde, ist jedoch ebenfalls von einem *ex ante*-Urteil auszugehen.¹⁰³⁴ Anders als bei der Feststellung der Notwehrlage spielt also die *ex ante*-Prognose zur weiteren Geschehensentwicklung und dem künftigen Eintritt eines Schadens eine wichtige bzw. entscheidende Rolle für die Bewertung, dass ein bestimmter Zustand gefährlich und daher als Notstandslage anzusehen ist.

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall lässt sich ohne Schwierigkeit feststellen, dass eine Gefahr für das Leben des Entführungsopfers besteht. Hier liegt also der Eintritt des Todes des Opfers nach der Wahrscheinlichkeitsprognose aus *ex ante*-Sicht nahe. Zwar lässt sich der für die Bejahung einer Gefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad nicht mithilfe von Prozentzahlen genau beziffern.¹⁰³⁵ Angesichts des besonderen Gewichts der hier zu schützenden Rechtsgüter, unter die auch das Leben des Opfers fällt, sollen jedenfalls keine zu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit gestellt werden.¹⁰³⁶ Zu beachten ist auch, dass für die Annahme einer Gefahr der Eintritt eines Schadens ohnehin nicht mit Sicherheit zu erwarten oder wahrscheinlicher sein muss als sein Ausbleiben.¹⁰³⁷

2. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr

Eine Gefahr ist gegenwärtig, wenn sie alsbald oder in allernächster Zeit in einen Schaden umschlagen kann.¹⁰³⁸ Die Gegenwärtigkeit einer Gefahr reicht weiter als die Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.d. § 32 StGB. So kann auch die sogenannte Dauergefahr gegenwärtig sein, die einen gefahrdrohenden Zustand von längerer

¹⁰³⁴ Vgl. SK-Günther, § 34 Rdn. 21; Schönke/Schröder-Perron, § 34 Rdn. 13; MK-Erb, § 34 Rdn. 65; LK-Zieschang, § 32 Rdn. 34. Vgl. auch Puppe, AT, § 23 Rdn. 23 ff.; LK-Neumann, § 34 Rdn. 45 ff.

¹⁰³⁵ Vgl. LK-Zieschang, § 34 Rdn. 32; Schönke/Schröder-Perron, § 34 Rdn. 15; J. Kretschmer, Jura 2005, 662.

¹⁰³⁶ Insofern gilt die Aussage: „je geringer das geschützte Interesse wiegt, umso höher muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadens sein, während umgekehrt die Anforderungen sinken, je höher das geschützte Gut zu veranschlagen ist und je leichter die Verletzungshandlung wiegt“. Siehe Schönke/Schröder-Perron, § 34 Rdn. 15. Vgl. auch MK-Erb, § 34 Rdn. 69, 71; Kühl, AT, § 8 Rdn. 41; NK-Neumann, § 34 Rdn. 39; Roxin, AT I, § 16 Rdn. 14. A.A. aber LK-Zieschang, § 34 Rdn. 34.

¹⁰³⁷ Vgl. BGHSt 18, 271, 272; Schönke/Schröder-Perron, § 34 Rdn. 15; MK-Erb, § 34 Rdn. 70.

¹⁰³⁸ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, § 34 Rdn. 17.

Dauer bedeutet, der jederzeit zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung werden kann, ohne aber die Möglichkeit auszuschließen, dass der Eintritt des Schadens noch eine Weile auf sich warten lässt.¹⁰³⁹ Da im hier interessierenden Rettungsfolterfall das eingesperrte Kind mangels erforderlicher Versorgung bald sterben wird, also der Eintritt des Schadens sogar unmittelbar bevorsteht, ist hier schon eine Augenblicksgefahr anzunehmen. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr ist offensichtlich.

C. Notstandshandlung

Die Notstandshandlung muss für die Abwendung der Gefahr erforderlich sein. Zu erörtern ist also hier, ob die Gefahr „nicht anders abwendbar“ ist bzw. ob sie nicht anders als durch Verletzung anderer, ebenfalls rechtlich anerkannter Interessen abgewendet werden kann.¹⁰⁴⁰ Diese Voraussetzung ist im Wesentlichen ähnlich wie das Merkmal der Erforderlichkeit bei der Notwehr. Die Notstandshandlung muss also auch erstens geeignet sein, die drohende Gefahr abzuwenden. Zweitens muss dabei das mildeste mögliche Mittel eingesetzt werden.¹⁰⁴¹ Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Notstandshandlung gelten freilich teilweise andere Kriterien als bei der Notwehr. So müssen etwa bezüglich des relativ mildesten Mittels bei § 34 StGB Ausweichmöglichkeiten wahrgenommen werden. Anders als bei der Notwehr ist also hier die Möglichkeit, der Gefahr auszuweichen oder sie abzuwenden, ohne eigene oder fremde Güter opfern zu müssen, immer das mildeste Mittel.¹⁰⁴² Dieser Unterschied ist allerdings im hier interessierenden Rettungsfolterfall ohne Bedeutung, weil eine Ausweichmöglichkeit faktisch nicht vorliegt. Daher gilt bei der Feststellung der Rettungsfolter als erforderliche Notstandshandlung nichts anderes als das bereits zur Notwehr Aufgeführte.¹⁰⁴³

¹⁰³⁹ Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 306.

¹⁰⁴⁰ Streitig ist, ob das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr bereits bei Feststellung der Notstandslage eine Rolle spielt. Einige gehen davon aus, dass für die Bejahung einer Notstandslage schon allein das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr reiche. Danach betreffe die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ nur die Erforderlichkeit der Gefahrabwendung (vgl. *SK-Günther*, § 34 Rdn. 17; *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 21). Nach einer anderen Ansicht soll die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr bereits die Notstandslage als Interessenkollision kennzeichnen (vgl. *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 8; *Kühl*, AT, § 8 Rdn. 15 f., 20; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361; *MK-Erb*, § 34 Rdn. 53). Aber selbst die Vertreter dieser Ansicht prüfen dieses Merkmal in der Regel erst bei einer Notstandshandlung, weil es die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Notstandshandlung enthält.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 20.

¹⁰⁴² Vgl. *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 20.

¹⁰⁴³ Vgl. oben Teil 3, V.C.

D. Interessenabwägung und Angemessenheit

1. Zum Verhältnis zwischen Interessenabwägung und Angemessenheitsklausel

Der rechtfertigende Notstand in Deutschland setzt weiterhin voraus, dass bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt, und dass die Notstandstat ein angemessenes Mittel zu Gefahrabwendung ist. Eine dogmatisch umstrittene, im konkreten Fall praktisch aber nicht zu verschiedenen Ergebnissen führende¹⁰⁴⁴ Frage ist, in welchem Verhältnis die Interessenabwägung zur Angemessenheitsklausel steht, die sich jeweils in § 34 Satz 1 und 2 StGB befindet.

Eine Ansicht geht davon aus, dass die Interessenabwägung im Sinne des rechtfertigenden Notstands eine umfassende Gesamtabwägung bedeutet. Der Begriff „Interesse“ darf nicht zu eng verstanden werden. Darunter sollen nicht nur materielle Interessen, wie etwa konkrete Rechtsgüter, sondern auch der sich nur in allgemeinen und obersten verfassungsrechtlichen Rechtsprinzipien, wie etwa die Achtung der Menschenwürde, niederschlagende Rechtswert fallen.¹⁰⁴⁵ Demzufolge sind alle bei der Prüfung der Angemessenheit relevanten Umstände bereits im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung zu berücksichtigen.¹⁰⁴⁶ Es ist daher schwer vorstellbar, dass eine zur Gefahrabwendung geeignete und erforderliche Tat, die der Befriedigung eines wesentlich überwiegenden Interesses an der Gefahrabwendung dient, unangemessen sein kann.¹⁰⁴⁷ Nach dieser Ansicht kommt der Angemessenheitsklausel in § 34 Satz 2 StGB als „Kontrollklausel“¹⁰⁴⁸ also höchstens „eine klarstellende, deklaratorische Bedeutung“¹⁰⁴⁹ zu, sie hat nur „bestätigende Funktion“¹⁰⁵⁰ oder ist sogar „überflüssig“¹⁰⁵¹.

Hingegen befürwortet die h.M. – in Einklang mit der dem Wortlaut des § 34 StGB zu entnehmenden Prüfungsstruktur des rechtfertigenden Notstands¹⁰⁵³ – eine

¹⁰⁴⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rdn. 6; *Gropp*, AT, § 6 Rdn. 145; *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 21a; *Pawlik*, Notstand, S. 247.

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Lenckner*, Notstand, S. 128; *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 22, 46.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Krey*, AT I, Rdn. 560.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 83.

¹⁰⁴⁸ *LK¹¹-Hirsch*, § 34 Rdn. 79.

¹⁰⁴⁹ *Krey*, ZRP 1975, 98.

¹⁰⁵⁰ *Köhler*, AT, 293.

¹⁰⁵¹ *Lenckner*, Notstand, S. 147; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rdn. 83.

¹⁰⁵² Vgl. so im Ergebnis noch *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 79 ff.; *Otto*, AT, § 8 Rdn. 178; *SK-Günther*, § 34 Rdn. 50; *Haft*, AT, 104 f. Wohl auch *Gropp*, AT, § 6 Rdn. 145. Bezüglich der Gefahrtragungspflicht, vgl. *Küper*, JZ 1980, S. 755. Im Prinzip auch *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 91 ff., 100, aber mit Ausnahme beim Verstoß gegen die Menschenwürde.

¹⁰⁵³ Vgl. *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 21a.

eigenständige Bedeutung der Angemessenheitsklausel.¹⁰⁵⁴ Danach reicht es noch nicht für eine Rechtfertigung der Notstandshandlung, wenn das Erhaltungsgut deutlich gegenüber dem Eingriffsgut überwiegt. Vielmehr muss die Notstandshandlung daneben noch „in der konkreten Situation sachgemäß, billigenwert und im Interesse der Gerechtigkeit erlaubt sein, die Notstandslage durch Beeinträchtigung des kollidierenden Interesses zu überwinden“.¹⁰⁵⁵ Das Verhalten des Notstandstäters muss also „nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit“ als eine „dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage“ erscheinen.¹⁰⁵⁶ Insofern stellt die Angemessenheitsklausel eine „zweite Wertungsstufe“ dar. Durch die Betonung der rechtsstaatlichen und Gerechtigkeitsgrundsätze, die unverfügbar und daher einer relativierenden Abwägung entzogen sind,¹⁰⁵⁷ setzt die Angemessenheitsklausel der Notstandsrechtfertigung zusätzliche, kategorische – d.h. nicht nur einzelfallbezogene – absolute Schranken ein,¹⁰⁵⁸ durch die der formelle Rechtsstaat gegenüber „der freihändigen Nutzenoptimierung durch Interessenabwägung“ garantiert¹⁰⁵⁹ und auch die Freiheit des Eingriffsadressaten anerkannt¹⁰⁶⁰ wird. Somit öffnet die Angemessenheitsklausel auch die Dogmatik des rechtfertigenden Notstands für das Verfassungsrecht, sodass die Wertordnung des Grundgesetzes, vor allem die Menschenwürdegarantie, einen direkten Zugang in die strafrechtliche Unrechtslehre findet.¹⁰⁶¹ Die Angemessenheitsklausel ermöglicht also, bestimmte verfassungsrechtlich übergeordnete Rechtsprinzipien, die nicht qualitativ auf eines der Abwägungsquanten reduziert werden dürfen, besonders zu berücksichtigen.¹⁰⁶²

2. Würdegarantie als Grenze des Notstandsrechts

Der Streit um das Verhältnis zwischen Interessenabwägung und Angemessenheitsklausel kann hier dahingestellt bleiben. Denn ungeachtet des Dissenses, ob sie

¹⁰⁵⁴ Vgl. nur *MK-Erb*, § 34 Rdn. 175 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 363 f.; *Meißner*, Interessenabwägungsformel, S. 212 ff., 216 f.; *Kretschmer*, RuP 2003, 106; *Jahn*, Staatsnotstand, S. 255 ff.; *Joerden*, GA 1991, 411; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 310; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 Rdn. 116 ff.; *Gallas*, ZStW 80 (1968), 26 f.; *Hruschka*, JuS 1979, 390; *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 21a, 117; *Renzikowski*, Notstand, S. 253 ff.; *Fischer*, StGB, § 34 Rdn. 14; *Jakobs*, AT, 13/36; *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rdn. 6; *Kühl*, AT, § 8 Rdn. 166; *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 48; *Kindhäuser*, AT, § 17 Rdn. 37 f.; v. Heintschel-Heinegg-Momsen, § 34 Rdn. 19.

¹⁰⁵⁵ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 363.

¹⁰⁵⁶ BT-Drucks. 4/650, S. 159. Vgl. dazu auch BT-Drucks. 5/4095, S. 15; BGH NJW 1976, 681.

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Gallas*, ZStW 80 (1968), 27; *Grebing*, GA 1979, 90.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 205: „Grenzen des Nutzenkalküls“.

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Jakobs*, AT, 13/36.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Keller*, Provokation, S. 283 Fn. 26.

¹⁰⁶¹ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 256 f.

¹⁰⁶² Vgl. *MK-Erb*, § 34 Rdn. 177 f. Ähnlich auch *Pawlik*, Notstand, S. 248 ff.

bereits bei der Interessenabwägung oder erst bei der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind, besteht in der deutschen Literatur insoweit Einigkeit, dass zumindest die wichtigsten Wertentscheidungen des Grundgesetzes bei der Rechtfertigung einer Tat durch § 34 StGB ins Gewicht fallen müssen. So stellt nach der h.M. insbesondere die Menschenwürdegarantie die Grenze des rechtfertigenden Notstands dar. Für Autoren, die eine eigenständige Bedeutung der Angemessenheitsklausel befürworten, kann nur ein solches Mittel als angemessene Notstandshandlung angesehen werden, das mit den fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft sowie den obersten Prinzipien der Rechtsordnung vereinbar ist.¹⁰⁶³ Da die Menschenwürde in Deutschland als tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert¹⁰⁶⁴ gilt und ihre Garantie als Fundament der Verfassungsordnung anzusehen ist, lässt sich eine Notstandshandlung, die die Menschenwürde eines anderen verletzt, nicht durch § 34 StGB rechtfertigen.¹⁰⁶⁵ In diesem Sinne findet jede Interessenabwägung ihre Grenze an der Menschenwürde des Eingriffsopfers.¹⁰⁶⁶

Im Ergebnis gilt nichts anderes nach der Gesamtabwägungslehre. Denn nach dieser Lehre ist die Frage der Zulässigkeit der Notstandshandlung auch in ihrer Bedeutung für die Rechtsordnung im Ganzen zu sehen. Daher kann das Interesse an der Wahrung allgemeiner Rechtsprinzipien und oberster Rechtswerte mit der Folge zu berücksichtigen sein, dass insgesamt ein überwiegendes Interesse trotz der an sich ungleich größeren Schutzwürdigkeit des geretteten Guts zu verneinen ist.¹⁰⁶⁷ Beim Eingriff in die Person bzw. in die Menschenwürde des Notstandsopfers scheidet somit ebenfalls der rechtfertigende Notstand aus.¹⁰⁶⁸

Aus diesen Gründen wird z.B. weitgehend anerkannt, dass die zwangsweise Blutentnahme wegen Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, selbst wenn sie das einzige Mittel zur Erhaltung fremden Lebens darstellt.¹⁰⁶⁹ Ebenso wenig ist der rechtfertigende Notstand bei der erzwungenen Organspende anzunehmen.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶³ Vgl. *Neuhaus*, GA 2004, 527.

¹⁰⁶⁴ Vgl. BVerfGE 6, 32, 36; 45, 187, 227; 72, 105, 115; 109, 279, 311.

¹⁰⁶⁵ Vgl. S/S/W-*Rosenau*, § 34 Rdn. 33; *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 59 ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 95.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Schönke/Schröder-*Perron*, § 34 Rdn. 40; *Lenckner*, Notstand, S. 117 ff.

¹⁰⁶⁸ Vgl. LK-*Zieschang*, § 34 Rdn. 68.

¹⁰⁶⁹ Vgl. SK-*Günther*, § 34 Rdn. 51, *Jescheck/Weigend*, AT, S. 364, *Lenckner*, Notstand, S. 117; NK-*Neumann*, § 34 Rdn. 118a. Mit Einschränkung bei engen Garantenbeziehungen jedoch *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 61; MK-*Erb*, § 34 Rdn. 195; *Wessels/Beulke*, AT, Rdn. 320; LK-*Zieschang*, § 34 Rdn. 68.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Schönke/Schröder-*Perron*, § 34 Rdn. 41e m.w.N.

Wie oben festgestellt,¹⁰⁷¹ stellt die Rettungsfolter auch eine Verletzung der Menschenwürde des Entführers dar. Daher geht die h.M. in Deutschland davon aus, dass die Rettungsfolter ebenfalls nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁷² Für die Verfechter der Angemessenheitsklausel ist die Rettungsfolter, die die Menschenwürde des Entführers verletzt, jedenfalls keine angemessene Notstandshandlung. Aber auch die Anhänger der Gesamtabwägungslehre gelangen zu diesem Ergebnis:

Zwar spricht bei der Interessenabwägung für das Entführungsoffer, dass auch seine Würde zum Erhaltungsgut zählt, dass sein Leben im Rangverhältnis der körperlichen Unversehrtheit des Entführers vorgeht und dass die abzuwendende Gefahr vom Entführer verursacht wurde, weshalb es sich hier um einen Defensivnotstand handelt. Andererseits stehen aber der Annahme eines rechtfertigenden Notstands nicht nur die Würde des Entführers und das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern auch die Gefahr eines Dammbrochs und zahlreiche mittelbare negative Auswirkungen der Folter entgegen. Geht es um die Rechtfertigung der Aussageerpressung i.S.d. § 343 StGB, muss zudem noch die Rechtspflege als Eingriffsgut ins Gewicht fallen. Daher ist bei der Gesamtabwägung nicht davon auszugehen, dass durch die Rettungsfolter ein wesentlich überwiegendes Interesse geschützt wird: Nach dem Entwurf aus dem Jahr 1962 sollte ein wesentliches Überwiegen erst dann anzunehmen sein, wenn die kollidierenden Interessen – und zwar zugunsten des geschützten – im Wert wesentlich verschieden sind.¹⁰⁷³ Dementsprechend verlangt ein Teil der Literatur für das Überwiegen ein „qualifiziertes“, graduell gesteigertes Interessenübergewicht.¹⁰⁷⁴ Ein solches Interessenübergewicht liegt im hier interessierenden Rettungsfolterfall aber keinesfalls vor. Eine andere Ansicht stellt hingegen keine so hohe Anforderung an das Merkmal des wesentlichen Überwiegens. Danach bedeutet dieses Merkmal lediglich, dass das Übergewicht zweifelsfrei oder jedenfalls nahezu eindeutig sein muss, weshalb auch ein einfaches Überwiegen zugunsten des geschützten Interesses für den rechtfertigenden Notstand ausreichen könnte.¹⁰⁷⁵ Aber selbst dieser Meinung nach ist im hier interessierenden Rettungsfolterfall kein wesentlich überwiegendes Erhaltungsgut anzunehmen. Denn die heftige Folterdebatte in Deutschland zeigt schon, dass hier kein klares Abwägungsergebnis auf der Hand liegt.

¹⁰⁷¹ Vgl. oben Teil 3, V.E.

¹⁰⁷² Vgl. nur *Gropp*, AT, § 6 Rdn. 144; *Kretschmer*, RuP 2003, 112 f.; *Möhlenbeck*, Folterverbot, S. 143 f.; *Neuhaus*, GA 2004, 527 ff.; *NK-Neumann*, § 34 Rdn. 118d; *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 41e; *Polzin*, Rettungsfolter, S. 180 ff.; *S/S/W-Rosenau*, § 34 Rdn. 34; *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 96; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 49; *Weilert*, Folterverbot, S. 203 ff.; *Wittreck*, DÖV 2003, 876; *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 68; *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 620.

¹⁰⁷³ Vgl. BT-Drucks. 4/650, S. 159.

¹⁰⁷⁴ Vgl. *LK-Zieschang*, § 34 Rdn. 76; *Rengier*, AT, § 19 Rdn. 43; *Jakobs*, AT, 13/33.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Schönke/Schröder-Perron*, § 34 Rdn. 45; *Roxin*, AT I, § 16 Rdn. 90.

E. Zwischenergebnis

Die Rettungsfolter lässt sich auch wegen der Verletzung der Menschenwürde des Entführers nicht durch § 34 StGB rechtfertigen. Schon bei der Interessenabwägung ist nicht davon auszugehen, dass durch die Rettungsfolter ein wesentlich überwiegendes Interesse geschützt wird. Jedenfalls scheidet hier eine Rechtfertigung an der Angemessenheitsklausel in § 34 Satz 2 StGB. Denn die Rettungsfolter, die die Menschenwürde des Entführers verletzt, stellt keine angemessene Notstandshandlung dar.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Rettungsfolter erfüllt in Deutschland die Tatbestände des § 240 und des § 340 StGB. Zwar geht ein Teil der Literatur davon aus, dass die Rettungsfolter auch den Tatbestand des § 343 StGB verwirklicht. Nach h.M. soll allerdings § 343 StGB nicht in Betracht kommen, weil die Rettungsfolter im hier interessierenden Fall von präventiver Natur ist, weshalb sie nicht unter den Tatbestand des § 343 StGB fällt. Jedenfalls hat sich der folternde Polizeibeamte mangels der Absicht, den Entführer zu einer Aussage oder Erklärung in dem Strafverfahren zu nötigen, nicht gemäß § 343 StGB strafbar gemacht.

Eine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis für die Ausübung der Rettungsfolter existiert nicht. Obwohl eine Verpflichtung des Entführers, die rettenden Informationen preiszugeben, nach den Polizeigesetzen aller Bundesländer zunächst besteht, wird diese Auskunftspflicht in einigen Bundesländern schon durch das Aussageverweigerungsrecht des Betroffenen begrenzt. Selbst in den Ländern, in denen nur ein eingeschränktes oder sogar gar kein Auskunftsverweigerungsrecht des Befragten vorgesehen ist, ist die bestehende Auskunftspflicht des Entführers nicht mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen. Denn die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Auskunft – hier nämlich die Rettungsfolter – wird in den Polizeigesetzen aller Bundesländer absolut verboten. Eine teleologische Reduktion dieses Folterverbots im Polizeirecht aufgrund einer sogenannten Wertungslücke oder der staatlichen Schutzpflicht lehnt die h.M. ab.

Heute ist in Deutschland immer noch sehr umstritten, ob sich die Hoheitsträger auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen dürfen und ob die strafrechtliche Rechtfertigung die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse erweitern kann. Geht man von der öffentlich-rechtlichen Theorie aus, kommt eine strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter schon angesichts des absoluten Folterverbots im Polizeirecht nicht mehr in Betracht. Nach der ganz überwiegenden Ansicht, also sowohl der differenzierenden als auch der strafrechtlichen Theorie, und insbeson-

dere auch nach der Rechtsprechung darf sich aber der folternde Polizeibeamte auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen.

Nach h.M. lässt sich die Rettungsfolter nicht durch Notwehr rechtfertigen. Zwar liegt im Rettungsfolterfall nach der ganz überwiegenden Ansicht ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff seitens des Entführers vor. Zudem ist die Rettungsfolter an sich auch zur Abwehr des Angriffs geeignet und kann im Einzelfall das mildeste Mittel darstellen. Sie ist allerdings nicht als gebotene Notwehrhandlung anzusehen. Hierbei ist insbesondere darauf zu achten, dass die wichtigste verfassungsrechtliche Wertentscheidung, also die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, als sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts gilt. Denn das Wesen des Notwehrrechts setzt sich aus einer Kombination von Individualschutz und Rechtsbewährung zusammen; eine Verteidigungshandlung, die der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert zuwiderläuft, bewährt die Rechtsordnung nicht. Nach h.M. stellt die Rettungsfolter eine Verletzung der Menschenwürde des Täters dar und kann daher wegen der sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt werden.

An diesem Ergebnis ändert sich selbst dann nichts, wenn man abweichend von der h.M. von der Abwägungsoffenheit der Menschenwürde ausgeht. Denn im Rettungsfolterfall darf die Menschenwürde des Entführers weder durch das Recht des Opfers auf Leben noch durch seinen Anspruch auf Menschenwürde eingeschränkt werden. Eine Einschränkung der Menschenwürde des Entführers anhand des Rechts des Opfers auf Leben ist schon deshalb nicht möglich, weil Leben und Würde keine gekoppelte Einheit sind und der Menschenwürde im Konflikt mit dem Recht auf Leben Vorrang gewährt werden soll. Eine Einschränkung der Würde des Entführers durch die staatliche Pflicht, die Würde des Opfers zu schützen, scheidet nach h.M. auch deshalb aus, weil im Prinzip von einem unbedingten Vorrang der Achtungspflicht gegenüber der staatlichen Schutzpflicht auszugehen ist. Selbst wenn man die Gleichrangigkeit der verfassungsrechtlichen Achtungs- und Schutzpflicht zumindest in Bezug auf die Menschenwürdegarantie befürwortet und daher eine Pflichtkollision „Würde gegen Würde“ im Rettungsfolterfall annimmt, hat hier der Staat jedenfalls die Pflicht, die Würde des Entführers zu achten, vorrangig zu erfüllen vor der Pflicht, die Würde des Opfers zu schützen. Dafür spricht nicht nur das absolute Folterverbot im Völkerrecht, das aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung für die Auslegung des Grundgesetzes und mithin für die Lösung der Würdekollision von wesentlicher Bedeutung ist, sondern auch die Gefahr eines Dammbrochs und die zahlreichen anderen mittelbaren negativen Auswirkungen der Folter. Nicht zuletzt wird dieses Ergebnis auch durch das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bestätigt.

Da die Rettungsfolter gegen die Menschenwürdegarantie verstößt, kann sie in Deutschland auch nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt werden. Nach der Gesamt abwägungslehre ist bei der Interessenabwägung nicht davon auszugehen, dass durch die Rettungsfolter ein wesentlich überwiegendes Interesse geschützt wird.

Nach h.M. scheitert eine Rechtfertigung der Rettungsfolter jedenfalls an der Angemessenheitsklausel in § 34 Satz 2 StGB. Denn die Rettungsfolter, die die Menschenwürde des Entführers verletzt, stellt keine angemessene Notstandshandlung dar.

Somit lässt sich feststellen, dass die Rettungsfolter in der deutschen Rechtsordnung nach h.M. nicht zu rechtfertigen ist.

Vierter Teil

Rettungsfolter in der US-amerikanischen Rechtsordnung

I. Die ticking time bomb-Situation

Angesichts der Wichtigkeit der *ticking time bomb*-Hypothese in der US-amerikanischen Folterdebatte geht auch die Untersuchung der US-amerikanischen Rechtsordnung von einem Rettungsfolterfall in Form der folgenden Variante dieser Hypothese aus, der um der Rechtsvergleichung willen bewusst parallel zum Entführungsfall in Deutschland gebildet wird:

Der Täter, ein US-amerikanischer Bürger, hatte eine Zeitbombe irgendwo in einer großen Stadt der USA deponiert. Nachdem er von der Polizei festgenommen worden war, weigerte er sich jedoch beharrlich, das Versteck der Bombe zu verraten. Angesichts der dringenden Gefahr, dass die Bombe bald explodieren und dadurch zahlreiche Menschen ums Leben kommen würden, drohte der Polizeibeamte nach allen erdenklichen, aber vergeblichen Versuchen dem Täter damit, ihm große Schmerzen zuzufügen. Als der Täter auch dann das Versteck der Bombe noch nicht preisgab, verurteilte der Polizeibeamte seine Drohung: Er band den Täter auf einen Stuhl, fesselte seine Hände hinter dem Rücken und gab ihm eine Vielzahl intensiver Schläge ins Gesicht, bis dieser sich dem schweren Schmerz beugte und das Versteck offenbarte. Aufgrund dieser Information konnte die Polizei die Bombe gerade noch vor deren Explosion entschärfen.

Zu fragen ist hier auch, ob das Verhalten des Polizeibeamten strafrechtlich gerechtfertigt bzw. *justified* werden kann.

II. Einschlägige strafrechtliche Vorschriften

A. Überblick

Allgemein betrachtet existieren in der US-amerikanischen Rechtsordnung zahlreiche strafrechtliche Tatbestände, durch die Folter unter Strafe gestellt wird. Auf Bundesebene wird Folter z.B. in 18 U.S.C. § 2340A (*torture*), 18 U.S.C. § 2441 (a), (c)(3) und (d)(1)(A) (*war crimes of torture*) und 10 U.S.C. § 950T (11) (*crimes triable by military commission*) ausdrücklich als strafbar erklärt. Je nachdem, wie Folter im Einzelfall vorgenommen wird, welche Erfolge dadurch erreicht werden und welche Rolle der Täter bei der Folter spielt, können noch andere Vorschriften Anwendung finden. In Betracht kommen z.B. 18 U.S.C. §§ 113 (*assault*), 114 (*maiming with intent to torture*), 241 (*conspiracy against civil rights*), 242 (*deprivation of civil rights*), 956 (*conspiracy to kill, kidnap, maim, or injure persons or*

damage property in a foreign country), 1111 (*murder*), 1112 (*manslaughter*), 1117 (*conspiracy to murder*), 1201 (*kidnapping*), 1203 (*hostage taking*) 2241 (*aggravated sexual abuse*), 2242 (*sexual abuse*), 2244 (*abusive sexual contact*) und 2245 (*sexual abuse resulting in death*). Auch in jedem Bundesstaat werden *murder*, *rape*, *assault* und *kidnapping* bestraft. Folter fällt in der Regel unter einen dieser Tatbestände.¹

Hier soll zunächst klargestellt werden, dass in den USA wegen der föderativen Staatsstruktur nicht nur der Bund, sondern auch jeder einzelne Bundesstaat ein eigenes Justizsystem unterhält. Diese 52 Systeme operieren parallel miteinander. Ob im Einzelfall die strafrechtlichen Tatbestände auf der Bundesebene oder die in einem bestimmten Bundesstaat anzuwenden sind, kann somit nur nach dem konkreten Sachverhalt und der Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Bundesstaaten festgestellt werden. Erfolgt die Folterhandlung z.B. „im Rahmen der spezifischen maritimen oder territorialen Zuständigkeit“ des Bundes, die in 18 U.S.C. § 7 ausführlich geregelt wird, oder wenn dadurch direkte Interessen des Bundes betroffen werden, sind – im ersteren Fall ausschließlich – die Tatbestände auf der Bundesebene anzuwenden. Dient die Strafverfolgung der Folter hingegen im Einzelfall nur zum Schutz der Interessen eines einzelnen Bundesstaats, gelten im Prinzip die strafrechtlichen Vorschriften dieses Bundesstaats. Es ist freilich nicht ausgeschlossen, dass im konkreten Fall unter Umständen sowohl das Strafrecht des Bundes als auch das der Bundesstaaten Anwendung finden kann.²

B. Anwendbare Tatbestände auf der Bundesebene

Fraglich ist, welche strafrechtlichen Tatbestände bei der hier interessierenden *ticking time bomb*-Situation anwendbar sind. Da der Polizeibeamte dem Täter große körperliche Schmerzen gezielt zugefügt hat, liegt hier eindeutig Folter vor. Die Rettungsfolter zielt jedoch gerade auf die Erpressung von Informationen ab, weshalb der Tötungsvorsatz in der Regel fehlt. Zudem tritt im hier interessierenden Fall auch kein Todeserfolg auf. Deswegen scheidet Tötungsdelikte (wie etwa *murder* und *manslaughter*) aus. Weil kein sexueller Missbrauch stattfindet und der Täter von der Polizei rechtmäßig festgenommen wird, finden auch die Vorschriften über die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung (wie etwa *sexual abuse*) und die persönliche Freiheit (wie *kidnapping* und *hostage taking*) keine Anwendung.

¹ Vgl. *Parry*, *Torture*, S. 72, S. 237 Fn. 88.

² Allgemein zu den Anwendungsbereichen des Strafrechts des Bundes und der Bundesstaaten in den USA, vgl. *Reinbacher*, *Strafrechtssystem der USA*, S. 86 ff., 165 ff.

1. 18 U.S.C. § 2340A – Folter

Durch 18 U.S.C. § 2340A wird Folter in den USA ausdrücklich kriminalisiert. Nach 18 U.S.C. § 2340A (a) wird mit Geldstrafe, mit Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren oder mit beidem bestraft, wer außerhalb der USA Folter begeht oder zu begehen versucht. Wird dadurch der Tod einer Person verursacht, so ist die Strafe Todesstrafe, zeitige oder lebenslange Freiheitsstrafe. Selbst die Verschwörung (*conspiracy*) zur Folter wird nach 18 U.S.C. § 2340A (c) ebenso – abgesehen von der Todesstrafe – bestraft. Diese Vorschriften kommen gemäß 18 U.S.C. § 2340A (b) in Betracht, wenn der Täter ein US-amerikanischer Bürger ist oder wenn er sich in den USA befindet. Bei der letzteren Variante spielt die Staatsangehörigkeit des Täters und des Opfers keine Rolle.³

Zu beachten ist jedoch, dass 18 U.S.C. § 2340A nur bei den (versuchten) Folterhandlungen, die außerhalb der USA vorgenommen wurden, Anwendung finden kann. So wurde nach dieser Vorschrift z.B. der Sohn des ehemaligen liberischen Präsidenten wegen der Begehung von Folter in Liberia verurteilt.⁴ Übt der Täter hingegen die Misshandlungen auf dem Territorium der USA aus, macht er sich nicht nach dieser Regelung strafbar.

2. 18 U.S.C. § 2441 und 10 U.S.C. § 950T (11)

In den USA ist Folter auch in 18 U.S.C. § 2441 und 10 U.S.C. § 950T (11) ausdrücklich mit Strafe bedroht. Bei der Anwendbarkeit der beiden Vorschriften kommt es auch – anders als bei 18 U.S.C. § 2340A – nicht darauf an, wo die Tat handlung vorgenommen wird. Allerdings sind diese Tatbestände im hier interessierenden Rettungsfolterfall ebenfalls nicht erfüllt: 18 U.S.C. § 2441 nicht, weil diese Vorschrift nur anwendbar ist, wenn der Täter oder das Opfer der Folter Angehöriger der US-Streitkräfte ist.⁵ Ähnlich ist in 10 U.S.C. § 950T (11) vorgesehen, dass dieser Tatbestand nur durch eine dem Kapitel 47A U.S.C. unterworfenen Person verwirklicht werden kann. Aus 10 U.S.C. § 948C i.V.m. 10 U.S.C. § 948A (1)

³ Vgl. 18 U.S.C. § 2340A: “(a) Offense. – Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life.

(b) Jurisdiction. – There is jurisdiction over the activity prohibited in subsection (a) if –

(1) the alleged offender is a national of the United States; or

(2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender.

(c) Conspiracy. – A person who conspires to commit an offense under this section shall be subject to the same penalties (other than the penalty of death) as the penalties prescribed for the offense, the commission of which was the object of the conspiracy.”

⁴ Vgl. *United States v. Belfast*, 611 F.3d 783 (11th Cir. 2010).

⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 2441 (b).

ergibt sich, dass eine solche Person ein ausländischer illegaler feindlicher Kombattant, also auf jeden Fall zumindest ein Ausländer bzw. kein US-amerikanischer Bürger sein muss.⁶ Da im hier interessierenden Rettungsfolterfall die Folter von einem US-amerikanischen Polizeibeamten gegen einen Bürger der USA ausgeübt wird, finden 18 U.S.C. § 2441 und 10 U.S.C. § 950T (11) wegen der besonderen Anforderungen an das Tatsubjekt bzw. -objekt schließlich auch keine Anwendung.

3. 18 U.S.C. §§ 113, 114

a) *Assault und battery*

Nach 18 U.S.C. § 113 wird *assault* bestraft. Im US-amerikanischen Strafrecht ist jedoch nicht ganz klar, welche Handlungen unter dem Begriff *assault* subsumiert werden sollen. Traditionell wird im *common law* zwischen *assault* und *battery* differenziert.⁷ Danach bedeutet *battery* rechtswidrige Gewaltanwendung gegen eine andere Person,⁸ durch die ein besonderer Schadenserfolg herbeigeführt wird. *Battery* wird somit als ein Erfolgsdelikt betrachtet. Der erforderliche Schadenserfolg liegt nicht nur dann vor, wenn körperliche Schäden – sei es auch nur vorübergehender Schmerz – beim Opfer auftreten, sondern auch, wenn die Gewaltanwendung einen – wenn auch nur mittelbaren – offensiven körperlichen Kontakt mit dem Opfer darstellt. Einer anderen Person ins Gesicht zu spucken kann somit ebenfalls als *battery* bestraft werden.⁹ Hingegen erfordert *assault* keinen körperlichen Schadenserfolg beim Opfer. Sie erfasst zwei Alternativen: rechtswidriger (tauglicher) Versuch der *battery* und Bedrohung des Opfers mit unmittelbar bevorstehender Körperverletzung.¹⁰ Während *battery* auch fahrlässig begangen werden kann,¹¹ wird bei den beiden Alternativen der *assault* Vorsatz verlangt. In modernen Strafgesetzbüchern in den USA erfolgt jedoch eine solche Differenzierung zwischen *assault* und *battery* häufig nicht. Beide Begriffe werden oft austauschbar verwendet.¹² In MPC § 211.1 (1) werden z.B. versuchte oder vorsätzliche Körperverletzung, mit einer tödlichen Waffe verursachte fahrlässige Körperverletzung und Bedrohung mit unmittelbar bevorstehender schwerer Körperverletzung als ver-

⁶ In 10 U.S.C. § 948C ist geregelt: “Any alien unprivileged enemy belligerent is subject to trial by military commission as set forth in this chapter.” Und 10 U.S.C. § 948A (1) lautet: “The term ‘alien’ means an individual who is not a citizen of the United States.”

⁷ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 859 ff.

⁸ Vgl. *United States v. Delis*, 558 F.3d 177, 180 (2d Cir. 2009).

⁹ Vgl. *State v. Helou*, 822 So.2d 647, 653 (La. App. 2002).

¹⁰ Vgl. *United States v. Lewellyn*, 481 F.3d 695, 697 (9th Cir. 2007).

¹¹ Vgl. *Perkins*, 26 B.U. L. Rev. 119, 126 (1946).

¹² Vgl. *United States v. Delis*, 558 F.3d 177, 181 (2d Cir. 2009): “The distinction between assault and battery [...] has been regularly elided. The two terms have often been used interchangeably.”

schiedene Varianten der *assault* geregelt.¹³ So werden also die Handlungen, die traditionell als *battery* zu bestrafen sind, im Wesentlichen von *assault* miterfasst.

Was unter *assault* in 18 U.S.C. § 113 zu verstehen ist, ist in den USA umstritten. Ein Teil der Rechtsprechung betrachtet *assault* in 18 U.S.C. § 113 als einen weitgehenden Begriff,¹⁴ der anders als *assault* im *common law* zu verstehen ist.¹⁵ Sie erfasst nicht nur die Letztere in vollem Umfang,¹⁶ sondern darüber hinaus auch die Fälle, die der traditionellen Ansicht nach unter *battery* zu subsumieren sind.¹⁷ Der Gesetzgeber verwendet also das Wort *assault* hier im weiteren Sinne, sodass darin auch *battery* enthalten ist.¹⁸ Ein anderer Teil der Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass *assault* i.S.d. 18 U.S.C. § 113 wie im *common law* als Versuch der oder Bedrohung mit Körperverletzung zu verstehen ist.¹⁹ Denn wo im Strafrecht des Bundes ein im *common law* festgestellter Begriff ohne andere Erklärung gebraucht wird, hat dieser Begriff in der Regel die Bedeutung im *common law*.²⁰ Auf der anderen Seite wird jedoch befürwortet, dass der Beweis für eine *battery* auch für die Verurteilung wegen *assault* i.S.d. 18 U.S.C. § 113 reicht.²¹ Somit können die Tathandlungen der *battery* ebenfalls nach 18 U.S.C. § 113 bestraft werden, weshalb im Ergebnis kaum ein Unterschied zwischen den beiden Ansichten besteht.²²

b) Tatbestandsmäßigkeit der 18 U.S.C. §§ 113, 114

Da sowohl *assault* als auch *battery* im *common law* nach 18 U.S.C. § 113 zu bestrafen sind, handelt es sich bei dieser Vorschrift um sehr umfassende Tatbestände. Nach 18 U.S.C. § 113 (a)(4) werden z.B. Schlagen, Prügel oder Verletzung als *assault* bestraft, wobei aber weder ein besonderer Grad der Körperbeeinträchtigung noch ein besonderer Vorsatz (*specific intent*) vorausgesetzt wird.²³ Durch die sog-

¹³ Vgl. MPC § 211.1 (1)(a)–(c).

¹⁴ Vgl. *United States v. Anderson*, 425 F.2d 330, 333 (7th Cir. 1970).

¹⁵ Vgl. *United States v. Stewart*, 568 F.2d 501, 505 n. 6 (6th Cir. 1978).

¹⁶ Vgl. *United States v. Eades*, 615 F.2d 617, 622 (4th Cir. 1980).

¹⁷ Vgl. *United States v. Whitefeather*, 275 F.3d 741, 743 (8th Cir. 2002).

¹⁸ Vgl. *United States v. Eades*, 615 F.2d 617, 622 n. 5 (4th Cir. 1980).

¹⁹ Vgl. *Brundgae v. United States*, 365 F.2d 616, 169 (11th Cir. 1966); *United States v. Lowellyn*, 481 F.3d 695, 697 (9th Cir. 2007).

²⁰ Vgl. *United States v. Turley*, 352 U.S. 407, 411 (1957).

²¹ Vgl. *United States v. Dupree*, 544 F.2d 1050, 1052 (9th Cir. 1976).

²² Dogmatisch ist erstere Ansicht überzeugender. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber sogar versuchte *battery* (eine Form von *assault*) unter Strafe stellt, die vollendete *battery* als solche aber nicht bestrafen will. Vgl. *United States v. Delis*, 558 F.3d 177, 181–182 (2d Cir. 2009).

²³ Vgl. *United States v. Stewart*, 568 F.2d 501, 505 (6th Cir. 1978); *United States v. Knife*, 592 F.2d 472, 482 (8th Cir. 1979). 18 U.S.C. § 113 (a)(4) ist eine Straftat, die lediglich allgemeinen Vorsatz erfordert (vgl. *United States v. Pettigrew*, 468 F.3d 626, 639

nannte *simple assault* in 18 U.S.C. § 113 (a)(5) werden des Weiteren (vollendete) *battery*, wenn auch nur als offensiver körperlicher Kontakt, und andere Verhaltensweisen der *assault* im *common law* unter Strafe gestellt.²⁴ Dafür genügt es etwa, eine Stewardess mit der Hand am Gesäß zu berühren,²⁵ einer Frau ans Handgelenk und den Arm zu fassen,²⁶ einer schlafenden Person aufs Gesicht zu urinieren²⁷ oder einen Patienten anzuspucken.²⁸ Im Rettungsfolterfall werden somit 18 U.S.C. § 113 (a)(4) und (5) zweifellos verwirklicht.

In 18 U.S.C. § 113 (a)(6) ist weiter vorgesehen, dass *assault* mit höherer Strafe zu ahnden ist, wenn dadurch schwere Körperverletzung (*serious bodily injury*) verursacht wird. Schwere Körperverletzung bedeutet nach 18 U.S.C. § 113 (b)(2) i.V.m. 18 U.S.C. § 1365 (h)(3) körperliche Beeinträchtigung, die erhebliche Todesgefahr, extreme körperliche Schmerzen, dauernde und sichtbare Entstellung oder dauernden Verlust bzw. dauernde Beeinträchtigung der Funktion eines Glieds des Körpers, eines Organs oder der Geisteskraft zur Folge hat.²⁹ Dabei wird jedoch keine hohe Wahrscheinlichkeit des Todes verlangt.³⁰ Auch hier wird kein besonderer Vorsatz (*specific intent*) hinsichtlich der Verursachung der schweren Körperverletzung vorausgesetzt; es genügt vielmehr, dass der Täter mit allgemeinem Vorsatz (*general intent*) handelt.³¹ Da (Rettungs-)Folter gerade durch vorsätzliche Zufügung von großen körperlichen Schmerzen gekennzeichnet wird, ist auch der Tatbestand des 18 U.S.C. § 113 (a)(6) im Rettungsfolterfall erfüllt.

Nach 18 U.S.C. § 113 (a)(3) wird die *assault* bestraft, die mittels einer gefährlichen Waffe (*dangerous weapon*) und mit dem Vorsatz der Körperverletzung vor-

[10th Cir. 2006]). Vorsatz in Bezug auf die Körperbeeinträchtigung als Taterfolg wird jedoch nicht verlangt (vgl. *United States v. Martin*, 536 F.2d 535, 535–536 [2d Cir. 1976]).

²⁴ Vgl. *United States v. Delis*, 558 F.3d 177, 182 (2d Cir. 2009). In 18 U.S.C. § 113 (a)(4) wird eigentlich *battery* schon teilweise geregelt. Dort beschränken sich allerdings die Tathandlungen auf bestimmte Formen der Gewaltanwendung, nämlich Schlagen, Prügel oder Verletzung, weshalb zahlreiche andere Verhaltensweisen der *battery* nicht erfasst werden.

²⁵ Vgl. *United States v. Bayes*, 210 F.3d 64, 69 (1st Cir. 2000).

²⁶ Vgl. *United States v. Smith*, 812 F.2d 161, 163–164 (4th Cir. 1987).

²⁷ Vgl. *United States v. Whitefeather*, 275 F.3d 741, 742–743 (8th Cir. 2002).

²⁸ Vgl. *United States v. Lewellyn*, 481 F.3d 695 (9th Cir. 2007).

²⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1365 (h)(3): “[T]he term ‘serious bodily injury’ means bodily injury which involves –

- (A) a substantial risk of death;
- (B) extreme physical pain;
- (C) protracted and obvious disfigurement; or
- (D) protracted loss or impairment of the function of a bodily member, organ, or mental faculty.”

³⁰ Vgl. *United States v. Webster*, 620 F.2d 640, 641 (7th Cir. 1980).

³¹ Vgl. *United States v. Knife*, 592 F.2d 472, 482 (8th Cir. 1979).

genommen wird.³² Ein Gegenstand ist als „gefährliche Waffe“ anzusehen, wenn er nach seiner objektiven Beschaffenheit „von Natur aus gefährlich (*inherently dangerous*)“ ist oder nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, das Leben eines Menschen zu gefährden oder ihm eine schwere Körperverletzung zuzufügen.³³ So stellt z.B. ein Tennisschuh eine gefährliche Waffe dar, wenn er vom Täter dazu eingesetzt wird, in den Rumpf,³⁴ ins Gesicht³⁵ oder gegen den Kopf des Opfers³⁶ zu treten. Auch ein Gurt ist eine gefährliche Waffe, wenn er zum Schlagen eines zweijährigen Kindes eingesetzt wird.³⁷ Ebenso erfasst sind Stühle aus Metall oder Plastik, die auf den Kopf des Opfers geschlagen werden.³⁸ Fraglich ist aber, ob Körperteile des Täters auch als gefährliche Waffe angesehen werden können. Dies wird von einem Teil der Rechtsprechung bejaht. Danach habe der HIV-positive Täter, der dem Opfer mindestens vier bis fünf Sekunden lang in den Daumen biss, seine Zähne als gefährliche Waffe eingesetzt.³⁹ Auch ein Teil der Gerichte in den Bundesstaaten geht davon aus, dass Zähne,⁴⁰ Hände,⁴¹ Fäuste⁴² oder Füße⁴³ unter Umständen gefährliche Waffen sein können. Eine solche weitere Auslegung wird jedoch von den meisten Gerichten in den USA abgelehnt.⁴⁴ Begründet wird dies folgendermaßen: Da *assault* fast immer nur durch Einsatz eines Körperteils begangen werden kann, müsste nach dieser weiteren Auslegung jede mit Vorsatz zur Körperverletzung vorgenommene *assault* unter 18 U.S.C. § 113 (a)(3) subsumiert werden, sodass der vom Gesetzgeber vorgesehene Unterschied zwischen 18 U.S.C. § 113 (a)(3) und den anderen Varianten der *assault* zu Unrecht eingeebnet würde.⁴⁵ Dogmatisch überzeugender ist deshalb, Körperteile aus dem Begriff „gefährliche Waffe“ auszuschließen. Somit erfüllt im hier interessierenden Ret-

³² Vgl. *United States v. Schoenborn*, 4 F.3d 1424, 1430 (7th Cir. 1993).

³³ Vgl. *United States v. Malik*, 561 F.3d 934, 939 (10th Cir. 2009): “An object is a dangerous weapon within the meaning of 18 U.S.C. § 113 (a)(3) if it is either ‘inherently dangerous’ or otherwise ‘used in a manner likely to endanger life or inflict great bodily harm.’” Siehe so auch *United States v. Rocha*, 598 F.3d 1144, 1154 (9th Cir. 2010).

³⁴ Vgl. *United States v. Steele*, 550 F.3d 693 (8th Cir. 2008).

³⁵ Vgl. *Louisiana v. Taylor*, 485 So.2d 117 (La. App. 1986).

³⁶ Vgl. *Arthur v. United States*, 602 A.2d 174, 177–178 (D.C. App. 1992).

³⁷ Vgl. *United States v. Riggins*, 40 F.3d 1055 (9th Cir. 1994).

³⁸ Vgl. *United States v. Johnson*, 324 F.2d 264, 266 (4th Cir. 1963).

³⁹ Vgl. *United States v. Sturgis*, 48 F.3d 784, 785, 788 (4th Cir. 1995). Siehe auch *United States v. Studnicka*, 450 F. Supp. 2d 680, 681 (E.D. Tex. 2006). Es ändert nichts am Ergebnis, selbst wenn der Täter nicht HIV-positiv ist. Vgl. dazu *United States v. Moore*, 846 F.2d 1163, 1167–1168 (8th Cir. 1988). Siehe auch *United States v. Parman*, 461 F.2d 1203, 1204 n.1 (D.C. Cir. 1971).

⁴⁰ Vgl. *Pulliam v. State*, 298 So.2d 711 (Miss. 1974).

⁴¹ Vgl. *State v. Allen*, 667 S.E.2d 295 (N.C. App. 2008).

⁴² Vgl. *State v. Bennett*, 493 S.E.2d 845 (S.C. 1997).

⁴³ Vgl. *State v. Bron*, 159 N.W.2d 283, 284–285 (Minn. 1968).

⁴⁴ Vgl. *United States v. Rocha*, 598 F.3d 1144, 1155–1156 (9th Cir. 2010) m.w.N.

⁴⁵ Vgl. *United States v. Rocha*, 598 F.3d 1144, 1157 (9th Cir. 2010).

tungsfolterfall der Polizeibeamte nicht 18 U.S.C. § 113 (a)(3), solange er sich dabei keines extrakorporalen Gegenstands als Waffe oder Werkzeug bedient.

Zu beachten ist freilich, dass 18 U.S.C. § 113 nur dann Anwendung finden kann, wenn die Tathandlung im Rahmen der spezifischen maritimen oder territorialen Zuständigkeit der USA vorgenommen wird. Der Umfang der spezifischen maritimen oder territorialen Zuständigkeit der USA wird aber in 18 U.S.C. § 7 umfassend geregelt. Daher wird der CIA-Agent, der in einem Artilleriestützpunkt der US-Streitkräfte in Afghanistan das Opfer brutal misshandelt hat, ebenfalls wegen 18 U.S.C. § 113 bestraft.⁴⁶

Ob im hier interessierenden Rettungsfolterfall auch der Tatbestand des 18 U.S.C. § 114 erfüllt ist, ist eine Tatfrage. Führen die intensiven Schläge ins Gesicht z.B. zur Zerstörung der Augen, wird 18 U.S.C. § 114 auch verwirklicht.

4. 18 U.S.C. § 242

Nach 18 U.S.C. § 242 wird bestraft, wer unter Ausnutzung staatlicher Autorität einer Person ihre durch die Verfassung oder die Gesetze der USA garantierten Rechte vorsätzlich entzieht. Die Tatbestandsmerkmale dieser Straftat sind die folgenden:⁴⁷

Zunächst müssen durch die Tat jemandes Rechte bzw. *federal rights*,⁴⁸ die durch die US-Verfassung oder die Gesetze des Bundes gewährleistet sind,⁴⁹ entzogen werden. Unter die Rechte i.S.d. 18 U.S.C. § 242 fallen z.B. das Recht auf *due process*,⁵⁰ das Recht auf Freiheit von grausamer und außergewöhnlicher Bestrafung⁵¹ und das Recht auf Sicherheit vor willkürlicher Durchsuchung, Festnahme und Beschlagnahme.⁵²

Hinzu kommt, dass die Tat unter Ausnutzung staatlicher Autorität vorgenommen werden muss. Ob der Täter unter Berufung auf die Gesetze des Bundes oder der Bundesstaaten handelt, ist unbeachtlich.⁵³ Denn die Begehung der Tat unter jeglicher rechtlichen Autorität genügt. Somit kann dieser Tatbestand sowohl von dem

⁴⁶ Vgl. *United States v. Passaro*, 577 F.3d 207 (4th Cir. 2009).

⁴⁷ Vgl. nur Allgemeines zu den Tatbestandsmerkmalen z.B. *United States v. Senak*, 477 F.2d 304, 306 (7th Cir. 1973); *United States v. Shafer*, 384 F. Supp 496, 499 (D.C. Ohio 1974).

⁴⁸ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 108 (1945).

⁴⁹ Vgl. *United States v. O'Dell*, 462 F.2d 224, 229 (6th Cir. 1972).

⁵⁰ Vgl. *United States v. Delorme*, 457 F.2d 156, 161 (3d Cir. 1972); *United States v. Stokes*, 506 F.2d 771, 774–775 (5th Cir. 1975).

⁵¹ Vgl. *United States v. Georvassilis*, 498 F.2d 883, 885 (6th Cir. 1974).

⁵² Vgl. *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 137 (1954).

⁵³ Vgl. *United States v. Otherson*, 637 F.2d 1276, 1278 (9th Cir 1980).

Amtsträger des Bundes als auch dem der Bundesstaaten erfüllt werden.⁵⁴ Von diesem Tatbestand erfasst werden auch die Taten, die von den Polizeibeamten zwar in dienstfreier Zeit und mit persönlichem Motiv, jedoch unter Missbrauch ihrer Befugnisse begangen werden.⁵⁵

Des Weiteren muss das Opfer des Rechtsentzugs ein Einwohner innerhalb der USA sein. Selbst Ausländer, wenn auch illegale Einwanderer, werden ebenfalls von diesem Tatbestand mitgeschützt,⁵⁶ solange sie sich nicht nur kurzzeitig, etwa nur ein paar Stunden lang, in den USA aufhalten.⁵⁷

Schließlich muss der Täter bewusst (*willfully*) – nämlich mit besonderem Vorsatz im Sinne von Absicht (*purpose*), einer Person ihre Rechte zu entziehen – handeln.⁵⁸ Hier muss sich also der Vorsatz auf den Entzug von Rechten beziehen.⁵⁹ Der besondere Vorsatz bezogen auf den Entzug von Rechten ist ein wesentliches Merkmal dieses Tatbestands.⁶⁰ Liegt hingegen lediglich besonderer Vorsatz bezogen auf die Körperverletzung oder nur Rücksichtslosigkeit hinsichtlich der unverhältnismäßigen Gewaltanwendung vor, wird der Tatbestand des 18 U.S.C. § 242 nicht verwirklicht.⁶¹

Ob die Rettungsfolter den Tatbestand des 18 U.S.C. § 242 erfüllt, ist problematisch. Da die Schläge als solche nicht mit dem Entzug eines Rechts gleichgestellt werden können,⁶² hängt die Beantwortung dieser Frage vor allem davon ab, ob durch die Rettungsfolter irgendwelche durch die US-Verfassung oder die Bundesgesetze garantierten Rechte des Täters verletzt werden. Zwar fällt das Recht, während des polizeilichen Gewahrsams vor rechtswidriger *assault* des Polizeibeamten geschützt zu werden, auch unter den Begriff des Rechts i.S.d. 18 U.S.C. § 242,⁶³ sodass die Anwendung von Folter oder anderen Misshandlungen zur Erzwingung eines Schuldbekenntnisses diesen Tatbestand ohne Zweifel erfüllt.⁶⁴ Die Entscheidung bei der Rettungsfolter könnte jedoch anders fallen. Da dieses Problem auch

⁵⁴ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 108 (1945).

⁵⁵ Vgl. *United States v. Colbert*, 172 F.3d 594, 596–597 (8th Cir. 1999). Siehe dazu auch *United States v. Tarpley*, 945 F.2d 806 (5th Cir. 1991); *United States v. Causey*, 185 F.3d 407 (5th Cir. 1999).

⁵⁶ Vgl. *United States v. Otherson*, 637 F.2d 1276, 1283 (9th Cir. 1980).

⁵⁷ Vgl. *United States v. Maravilla*, 907 F.2d 216, 224 (1st Cir. 1990).

⁵⁸ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 101–107 (1945).

⁵⁹ Vgl. *United States v. Ramey*, 336 F.2d 512, 515 (4th Cir. 1964); *United States v. Hayes*, 589 F.2d 811, 820 (5th Cir. 1979).

⁶⁰ Vgl. *United States v. Stokes*, 506 F.2d 771, 776–777 (5th Cir. 1975).

⁶¹ Vgl. *United States v. Shafer*, 384 F. Supp. 496, 503 (D.C. Ohio 1974).

⁶² Vgl. *Pullen v. United States*, 164 F.2d 756, 759 (5th Cir. 1947).

⁶³ Vgl. nur *United States v. Hayes*, 589 F.2d 811, 820 (5th Cir. 1979); *United States v. Reese*, 2 F.3d 870, 887–888 (9th Cir. 1993).

⁶⁴ Vgl. *Williams v. United States*, 341 U.S. 97 (1951); *United States v. Sutherland*, 37 F. Supp. 344, 345 (N.D. Ga. 1940).

unmittelbar mit der Eingriffsbefugnis der Polizei verbunden ist, wird darüber dort diskutiert. Zudem ist in subjektiver Hinsicht auch fraglich, ob trotz der heftigen Folterdebatte und des mangelnden Präzedenzfalls in den USA davon ausgegangen werden kann, dass der mit Rettungsabsicht folternde Polizeibeamte besonderen Vorsatz hinsichtlich des Rechtsentzugs hat. Denn der besondere Vorsatz bedeutet gerade, dass der Täter genau weiß, dass das, was er tut, vom Gesetz verboten wird.⁶⁵

C. Anwendbare Tatbestände in den Strafgesetzen der Bundesstaaten

Zwar wird Folter in vielen Bundesstaaten als Qualifikation der Tötungsdelikte geregelt. So wird z.B. durch Folter begangener *murder* als *murder of the first degree* eingestuft und mit höherer Strafe bedroht.⁶⁶ Diese Vorschriften finden jedoch bei der Rettungsfolter mangels Tötungsvorsatzes keine Anwendung. Darüber hinaus sind auch die Vorschriften in den Bundesstaaten hinsichtlich der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die persönliche Freiheit aus denselben Gründen wie auf der Bundesebene nicht anwendbar.

1. Folter an sich als Straftat

In einigen Bundesstaaten wird Folter ausdrücklich mit Strafe bedroht. So ist z.B. in *California Penal Code* § 206.1 vorgesehen, dass Folter mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen ist.⁶⁷ In § 206 wird Folter definiert als Zufügung schwerer Körperverletzung mit dem Vorsatz, grausame oder extreme Schmerzen oder Leiden zu verursachen, und zwar mit der Absicht zur Rache, Erpressung, Überzeugung oder mit jeder sadistischen Absicht.⁶⁸ Obwohl diese Definition insofern von den Folterdefinitionen in den Vorschriften des Bundes abweicht, als dabei keine Zurechenbarkeit zum Staat, jedoch eine bestimmte Absicht gefordert wird, kann dieser Tatbestand im hier interessierenden Rettungsfolterfall ebenfalls erfüllt sein. Denn die Misshandlungen im Rettungsfolterfall sind gerade durch vorsätzliche Zufügung großer körperlicher Schmerzen und Schäden gekennzeichnet. Dem steht

⁶⁵ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 104 (1945).

⁶⁶ Vgl. nur N.Y. Pen. Law §§ 125.26 2(a), 125.27 1(a)(x); Cal. Pen. Code §§ 189, 190.2 (a)(14).

⁶⁷ Vgl. Cal. Pen. Code § 206.1: "Torture is punishable by imprisonment in the state prison for a term of life."

⁶⁸ Vgl. Cal. Pen. Code § 206: "Every person who, with the intent to cause cruel or extreme pain and suffering for the purpose of revenge, extortion, persuasion, or for any sadistic purpose, inflicts great bodily injury as defined in Section 12022.7 upon the person of another, is guilty of torture. [...] The crime of torture does not require any proof that the victim suffered pain." Dabei bedeutet „great bodily injury“ nach § 12022.7 „significant or substantial physical injury“.

auch nicht das Erfordernis bestimmter Absicht entgegen, weil die Absicht zur „Überzeugung“ (*persuasion*) in diesem Tatbestand nach der alltagssprachlichen Bedeutung zu verstehen ist. So kann selbst die Erziehung von Kindern zur Befolgung von Regeln als „Überzeugung“ bewertet werden.⁶⁹ In diesem Sinne versucht bei der Rettungsfolter der Polizeibeamte den Täter zu „überzeugen“, rettende Informationen zu verraten und sich rechtmäßig zu verhalten.

2. Assault oder battery

Zudem werden in allen Bundesstaaten *assault* und *battery* unter Strafe gestellt.⁷⁰ Zwar wird in verschiedenen Bundesstaaten nicht immer das Gleiche unter *assault* oder *battery* verstanden und die beiden Begriffe werden auch oft unterschiedlich verwendet. Im hier interessierenden Rettungsfolterfall werden die Tatbestände der *assault* oder *battery* in den Bundesstaaten jedenfalls erfüllt.

3. Official oppression

Nach MPC § 243.1 (*official oppression*) wird bestraft, wer einer anderen Person ihre Rechte entzieht und dabei in amtlicher Eigenschaft handelt. Dieser Tatbestand wird auch von einigen Bundesstaaten, wie z.B. Texas,⁷¹ Colorado⁷² und Pennsylvania,⁷³ im Wesentlichen übernommen. Dabei wird zwar kein besonderer Vorsatz hinsichtlich der Verletzung der Rechte verlangt.⁷⁴ Erforderlich ist jedoch, dass der Täter um die Rechtswidrigkeit seiner Handlung weiß und gerade „in böser Absicht“ (*in bad faith*) handelt.⁷⁵ Der gute Glaube des Täters an die Rechtmäßigkeit seiner Handlung wird somit als eine *defense* angesehen.⁷⁶ Daher ist dieser Tatbestand nur schwer anwendbar, wenn der Täter in guter Absicht „übereifrig“ handelt.⁷⁷ So wäre es gerade der Fall bei der Rettungsfolter. Zudem stellt dieser Tatbestand nach dem Kommentar zum MPC nur einen Auffangtatbestand dar und ist gegenüber anderen Delikten subsidiär. Dadurch werden nur Handlungen erfasst,

⁶⁹ Vgl. *People v. Cruz*, 2003 Cal. App. LEXIS 1238, 11–12 (Cal. App. 2003).

⁷⁰ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 859.

⁷¹ Vgl. Tex. Pen. Code § 39.03.

⁷² Vgl. Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-8-403.

⁷³ Vgl. 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 5301.

⁷⁴ Vgl. MPC Komm., § 243.1, S. 300.

⁷⁵ Vgl. *Commonwealth v. Eisemann*, 453 A.2d 1045, 1048 (Pa. 1982): “[T]he accused must have been acting in ‘bad faith’ when he subjected the other to the proscribed activities.”

⁷⁶ Vgl. MPC Komm., § 243.1, S. 300.

⁷⁷ Vgl. *D.S. Cohen*, 28 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 165, 189 (1996).

die sonst nicht strafbar wären.⁷⁸ Da Rettungsfolter in jedem Fall nach *assault* oder *battery* zu bestrafen ist, findet hier MPC § 243.1 keine Anwendung.

4. Official misconduct

In einigen Bundesstaaten, wie z.B. in New York, wird ein Amtsträger wegen unkorrekten Verhaltens bestraft, wenn er mit dem Vorsatz handelt, einen Vorteil zu erlangen oder einer anderen Person einen Vorteil zu entziehen.⁷⁹ Zwar wird der Begriff „Vorteil“ (*benefit*) dabei sehr weitgehend definiert,⁸⁰ sodass etwa die Vermeidung verwaltungsrechtlicher Sanktionen ebenfalls erfasst wird.⁸¹ Darunter fallen jedoch nicht die Bürgerrechte.⁸² Deswegen ist dieser Tatbestand bei der Rettungsfolter nicht einschlägig.

D. Zwischenergebnis

Bei dem hier interessierenden Rettungsfolterfall findet auf der Bundesebene 18 U.S.C. § 113 (*assault*) Anwendung. Ob der Tatbestand des 18 U.S.C. § 114 ebenfalls erfüllt wird, ist eine Tatfrage. Die Anwendbarkeit des 18 U.S.C. § 242 hängt von der verfassungsrechtlichen Bewertung der Rettungsfolter und auch von der subjektiven Vorstellung des folternden Polizeibeamten im Einzelfall ab. In den Bundesstaaten wird der Tatbestand der Folter verwirklicht. Zudem finden auch die Tatbestände der *assault* oder *battery* Anwendung.

III. Öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis

Parallel zu der Untersuchung in der deutschen Rechtsordnung wird anschließend diskutiert, ob öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse in den USA für die Rettungsfolter bestehen. Zwar ist der einheitliche Rechtswidrigkeitsbegriff dem US-amerikanischen Recht fremd. Dennoch sind polizeiliche Handlungen gemäß öffentlichem Recht auch in den USA strafrechtlich gerechtfertigt.⁸³ Aus diesem Grund

⁷⁸ Vgl. MPC Komm., § 243.1, S. 293.

⁷⁹ Vgl. N.Y. Pen. Law § 195.00.

⁸⁰ Vgl. N.Y. Pen. Law § 10.00 (17): “‘Benefit’ means any gain or advantage to the beneficiary and includes any gain or advantage to a third person pursuant to the desire or consent of the beneficiary.”

⁸¹ Vgl. *People v. Jackson*, 938 N.Y.S.2d 726, 732 (N.Y. City Crim. Ct. 2011).

⁸² Vgl. dazu *People v. Sandino*, 2011 N.Y. Misc. LEXIS 6546, 7–8 (N.Y. City Crim. Ct. 2011).

⁸³ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 564 ff.

lässt sich die Diskussion über die öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse auch in der US-amerikanischen Rechtsordnung nicht entbehren. In den USA gehen allerdings die Befugnisse einer Polizeibehörde häufig nicht nur auf ein bestimmtes (Polizei-)Gesetz zurück. Sie beruhen vielmehr zumeist auf den verfassungsrechtlichen Regelungen und vielen verschiedenen gesetzgeberischen oder administrativen Vorschriften. So stützen sich z.B. die Befugnisse des FBI nicht nur auf die Regelungen hinsichtlich des U.S. Department of Justice im U.S.C.⁸⁴ und in der C.F.R.,⁸⁵ auf die Vorschriften in Bezug auf den Strafprozess⁸⁶ und bestimmte Straftaten,⁸⁷ sondern auch auf das Gesetz⁸⁸ und die Executive Order⁸⁹ bezüglich der Ermittlung der Gefahren für die staatliche Sicherheit⁹⁰ etc.

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall handelt es sich freilich in erster Linie um die Grenzen der polizeilichen Eingriffsbefugnisse. Diese ergeben sich – entsprechend den verschiedenen Grundlagen der polizeilichen Befugnisse – vor allem aus den verfassungsrechtlichen Schranken, die in erster Linie durch die Rechtsprechung festgestellt werden, den spezifischen gesetzgeberischen Vorschriften und den administrativen Entscheidungen.

A. Verfassungsschranken in der Rechtsprechung

1. Polizeirecht als „Verfassungsvorbehalt“

Anders als in Deutschland wird in den USA nicht allgemein zwischen repressiven und präventiven polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten differenziert. Aus historischen Gründen hat die Polizei in den USA einen sehr breiten Aufgabenbereich und erhält einen weitgehenden Spielraum.⁹¹ Selbst die heutigen Befürworter für das Konzept *rule of law* in dem Sinne, dass polizeiliche Handlungen vom Gesetz geregelt werden sollen, räumen auch ein, dass dies nicht auf eine Minimierung des Spielraums der Polizei hinauslaufen darf.⁹² Auf Bundesebene finden sich z.B. zwar

⁸⁴ Vgl. 28 U.S.C. §§ 533, 540, 540A, 540B.

⁸⁵ Vgl. 28 C.F.R. §§ 0.85, 0.86, 0.88, 0.89.

⁸⁶ Vgl. 18 U.S.C. §§ 3052, 3107

⁸⁷ Vgl. z.B. 18 U.S.C. § 351 (g).

⁸⁸ Vgl. *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004*, §§ 2001 ff.

⁸⁹ Vgl. *Executive Order 12333*, § 1.14.

⁹⁰ Vgl. 50 U.S.C. §§ 401 ff., 1801 ff.

⁹¹ Bereits bei der Gründung der Polizei Mitte des 19. Jahrhunderts erhielten die Polizeibeamten in den USA Befugnisse, die sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem alltäglichen Kontakt mit den Bürgern ergaben. Seit der Reform der *community policing* Ende des 20. Jahrhunderts steht die Polizei in noch engerer Verbindung mit den Individuen und der Öffentlichkeit und hat somit auch größeren Spielraum bei der Interaktion mit den Bürgern. Vgl. dazu *D.S. Cohen*, 28 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 165, 174, 176–177 n. 54 (1996).

⁹² Vgl. *Sklansky*, in: Dubber/Valverde (eds.), *Police*, S. 131 ff. Danach ist die *rule of law* zwar ein politisches Gut (*political virtue*), aber nicht das einzige, und soll deshalb manchmal den anderen Interessen weichen.

einige Ermächtigungsklauseln für die Bundespolizei,⁹³ ein Bundesgesetz, in dem die Befugnisse der Bundespolizei ausführlich geregelt werden, existiert in den USA jedoch nicht.⁹⁴ Die polizeilichen Maßnahmen finden erst dann ihre Grenzen, wenn dadurch die durch Verfassung garantierten Grundrechte der Bürger verletzt werden. Solange kein Verstoß gegen Grundrechte vorliegt, darf die Polizei im Grunde genommen jegliche Maßnahme durchführen, unabhängig davon, ob es sich um eine Zwangsmaßnahme zur Aufklärung einer Straftat oder zur Gefahrenabwehr handelt. Insofern gilt das Polizeirecht der USA als „Verfassungsvorbehalt“: Ob eine polizeiliche Maßnahme erlaubt wird, hängt vor allem davon ab, ob sie als Verletzung der Grundrechte bewertet werden kann. Das Gleiche gilt bei der Rettungsfolter.

Anschließend ist daher zu prüfen, ob Rettungsfolter gegen die Grundrechte des Täters verstößt. Da die Rettungsfolter als solche keine Strafe nach der Verurteilung darstellt, findet das Eighth Amendment der US-Verfassung gegen grausame und außergewöhnliche Bestrafung keine Anwendung.⁹⁵ Auch das Fourth Amendment gegen willkürliche Durchsuchung und Festnahme scheidet hier aus. Denn im Rettungsfolterfall ist der Täter bereits festgenommen worden⁹⁶ und die Erpressung von Informationen lässt sich nicht als Durchsuchung nach bestimmten körperlichen Gegenständen ansehen.⁹⁷ In Betracht kommen hier somit in erster Linie zwei Grundrechte: die *self incrimination*-Klausel im Fifth Amendment einerseits und die *due process*-Klausel des Fifth und Fourteenth Amendment andererseits.

2. Die self incrimination-Klausel

a) Allgemeines

Die *self incrimination*-Klausel des Fifth Amendment der US-Verfassung, welche durch die *due process*-Klausel des Fourteenth Amendment auch in den Bundesstaaten gilt,⁹⁸ schützt die Zeugen vor Selbstbeschuldigung. Danach darf niemand in einem Strafprozess (*criminal case*) gezwungen werden, gegen sich selbst auszu-

⁹³ Vgl. 28 U.S.C. §§ 533, 535, 538, 540, 540A, 540B.

⁹⁴ Vgl. Parry, Torture, S. 61.

⁹⁵ Vgl. Cohan, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1607 (2007); Dershowitz, Terrorism, S. 135. Dazu, dass das Eighth Amendment nur die verurteilten Täter schützt, siehe z.B. *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651, 664 (1977): “An examination of the history of the Amendment and the decisions of this Court construing the proscription against cruel and unusual punishment confirms that it was designed to protect those convicted of crimes. We adhere to this longstanding limitation.”

⁹⁶ Zur Definition der Festnahme (*seizure*) i.S.d. Fourth Amendment, siehe *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 844 (1998).

⁹⁷ Vgl. Kreimer, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 306 (2003).

⁹⁸ Vgl. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6, 8 (1964); *Griffin v. California*, 380 U.S. 609, 615 (1965).

sagen.⁹⁹ Obwohl der U.S. Supreme Court bereits 1897 festgestellt hatte, dass nach dem Fifth Amendment ein unfreiwilliges Geständnis im Verfahren nicht als Beweis verwertet werden darf,¹⁰⁰ wurde später das Beweisverwertungsverbot hinsichtlich unfreiwilliger Aussage jedoch von den Gerichten hauptsächlich mithilfe der *due process*-Klausel des Fourteenth Amendment begründet.¹⁰¹ Da aber der Anwendungsbereich der *due process*-Klausel nicht ganz klar ist¹⁰² und daher dem Schutz des Angeklagten vor der polizeilichen Erzwingung nicht völlig gerecht wird, setzen seit den 1960er Jahren die Gerichte in den USA wiederum die *self incrimination*-Klausel bzw. das Recht gegen Selbstbelastung als Waffe gegen unzulässige polizeiliche Zwangsanwendung bei Beweiserhebung ein.¹⁰³

b) Anwendungsbereich der *self incrimination*-Klausel

aa) Zum Streit in den USA

Werden die Geständnisse, die durch Folter oder andere körperliche Misshandlungen erzwungen werden, als Beweise im Strafverfahren verwertet, liegt ohne Zweifel ein Verstoß gegen die *self incrimination*-Klausel vor. Dies ist jedoch bei der Rettungsfolter nicht der Fall. Bei der Rettungsfolter kommt es dem Polizeibeamten gerade nicht darauf an, eine Aussage, die später im Verfahren als Beweis gegen den Täter benutzt wird, zu erpressen, sondern nur die rettenden Informationen zu gewinnen. Ob die Misshandlungen als solche, die nicht auf die Erhebung von Beweisen abzielen, dennoch durch die *self incrimination*-Klausel untersagt werden, ist in den USA sehr umstritten.

Nach dem überwiegenden Teil der Rechtsprechung¹⁰⁴ stellt das Recht gegen Selbstbelastung im Fifth Amendment ein „Recht im Verfahren“ (*trial right*)¹⁰⁵ dar.

⁹⁹ Vgl. U.S. Const., Amdt. 5: “No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.”

¹⁰⁰ Vgl. *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 542–543 (1897).

¹⁰¹ Vgl. *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936); *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940); *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945); *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293 (1963); *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963).

¹⁰² Vgl. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462 (1942): “The phrase [due process of law] formulates a concept less rigid and more fluid than those envisaged in other specific and particular provisions of the Bill of Rights. Its application is less a matter of rule.”

¹⁰³ Vgl. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Dabei hat der U.S. Supreme Court sogar darauf hingewiesen, dass jeder Vernehmung während des polizeilichen Gewahrsams vermutlich Zwang inhärent ist.

¹⁰⁴ Vgl. *Riley v. Dorton*, 115 F.3d 1159, 1164 (4th Cir. 1997): “[M]ost courts refuse to find a Fifth Amendment violation even where statements were made, but were not actually used in a criminal proceeding.”

¹⁰⁵ Vgl. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 264 (1990): “The privilege against self-incrimination guaranteed by the Fifth Amendment is a fundamental trial right of criminal defendants.” Siehe auch *Withrow v. Williams*, 507 U.S. 680, 692 (1993).

Dieses Recht kann zwar durch die polizeilichen Maßnahmen vor dem Verfahren gefährdet werden. Es wird jedoch nach dem Wortlaut des Fifth Amendment¹⁰⁶ nur in einem Verfahren verletzt,¹⁰⁷ wenn dabei die erpresste Aussage tatsächlich verwendet wird¹⁰⁸ oder wenn der Angeklagte als ein Zeuge im Verfahren zur Aussage aufgefordert wird.¹⁰⁹ Liegt hingegen keine Verwendung der erpressten Beweise in einem (Straf-)Prozess, oder sogar überhaupt kein Verfahren vor,¹¹⁰ kann gar nicht von einer Verletzung des Fifth Amendment bzw. der *self incrimination*-Klausel gesprochen werden.¹¹¹ Dementsprechend verstößt die Erzwingung der Aussage als solche noch nicht gegen die *self incrimination*-Klausel.¹¹² Denn ein Zeuge darf durchaus mit der *pain of contempt* oder anderen Sanktionen, wie etwa Entlassung aus dem Beamtenverhältnis,¹¹³ zur Aussage gezwungen werden, wenn er selbst nicht im jeweiligen Strafprozess betroffen ist¹¹⁴ oder wenn diese Aussage nicht in irgendeinem Strafprozess gegen ihn verwendet werden kann.¹¹⁵

Ein anderer Teil der Rechtsprechung misst jedoch der *self incrimination*-Klausel einen weiten Anwendungsbereich bei. Danach manifestieren sich im Recht gegen Selbstbelastung zahlreiche „grundlegende Werte und edle Ambitionen“ der USA. Darunter fallen nicht nur die Ablehnung, Verdächtige zur Selbstinkriminierung zu zwingen und die Sorge, dass die selbstbelastenden Aussagen durch unmenschliche Misshandlungen erpresst werden, sondern auch der Respekt vor menschlicher Persönlichkeit und vor dem Recht, dass jeder eine bestimmte Sphäre für die Gestaltung eigenen privaten Lebens genießt.¹¹⁶ Die *self incrimination*-Klausel wird somit als eine historische Errungenschaft gegen die Unterdrückung der Individuen durch den Staat und als wichtiger Schutz vor dem Missbrauch staatlicher Gewalt erachtet.¹¹⁷ Ihre Anwendbarkeit soll daher nicht lediglich auf die Verwendung eines Be-

¹⁰⁶ Vgl. *Riley v. Dorton*, 115 F.3d 1159, 1164 (4th Cir. 1997).

¹⁰⁷ Vgl. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 264 (1990): “[A] constitutional violation occurs only at trial.”

¹⁰⁸ Vgl. *United States v. Palomo*, 80 F.3d 138, 142 (5th Cir. 1996).

¹⁰⁹ Vgl. *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 285 (1936).

¹¹⁰ Vgl. *Cooper v. Dupnik*, 963 F.2d 1220, 1253–1255 (9th Cir. 1992) (*Brunetti*, J., dissenting).

¹¹¹ Vgl. *Giuffre v. Bissell* 31 F.3d 1241, 1256 (3d Cir. 1994).

¹¹² Vgl. z.B. *Wiley v. Doory*, 14 F.3d 993, 998 (4th Cir. 1994). Siehe auch *Mahoney v. Kesery*, 976 F.2d 1054, 1061 (7th Cir.1992): “Fifth Amendment does not forbid the forcible extraction of information but only the use of information so extracted as evidence in a criminal case.”

¹¹³ Vgl. *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70, 84–85 (1973).

¹¹⁴ Vgl. *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420, 427 (1984); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 443 (1972).

¹¹⁵ Vgl. *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 602–604 (1896); *Lefkowitz v. Cunningham*, 431 U.S. 801, 806 (1977); *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666, 671–672 (1998).

¹¹⁶ Vgl. *Murphy v. Waterfront Comm’n*, 378 U.S. 52, 55 (1964).

¹¹⁷ Vgl. *Shein*, 59 Brook. L. Rev. 503 (1993).

weises im (Straf-)Prozess beschränkt werden.¹¹⁸ So verstößt z.B. die Erzwingung von Aussagen, die an sich keine Verdachtsmomente begründen, aber zur Entdeckung anderer verdachtsbegründender Beweise führen würden, ebenfalls gegen die *self incrimination*-Klausel.¹¹⁹ Außerdem kommt die *self incrimination*-Klausel auch bereits in Betracht, wenn ein Häftling mit der Androhung von Entzug bestimmter Privilegien oder Einsperren in eine Zelle mit härteren Bedingungen zum Geständnis früherer Straftaten gezwungen wird.¹²⁰

bb) Der „Chavez-Fall“

Diese Frage wurde durch den U.S. Supreme Court im Fall *Chavez v. Martinez* aus dem Jahr 2003 ausführlich erörtert.¹²¹ In diesem Fall wurde *Martinez* von einem Polizeibeamten mehrmals angeschossen und war schwer verletzt. Während er notfallmedizinisch behandelt und ins Krankenhaus eingeliefert wurde, vernahm ihn der Polizeibeamte *Chavez* insgesamt für zehn Minuten innerhalb eines Zeitraums von ca. 45 Minuten, ohne die *Miranda-Warning*¹²² auszusprechen. Da später keine Strafanlage gegen *Martinez* erhoben wurde, hatte der U.S. Supreme Court nun zu entscheiden, ob die Vernehmung in der Notfallsituation an sich gegen die *self incrimination*-Klausel verstoßen hatte. Die Ansichten der Richter gehen in diesem Fall weit auseinander.

Die Richter *Thomas*, *Rehnquist*, *O'Connor* und *Scalia* gehen davon aus, dass die Verletzung des Rechts gegen Selbstbelastung nur dann zu bejahen ist, wenn die erpresste Aussage im Strafprozess verwendet wird, und vertreten deshalb die Ansicht, dass die *self incrimination*-Klausel hier keine Anwendung findet. Denn *Martinez* wurde nicht angeklagt und daher gerade nicht gezwungen, in einem Strafprozess gegen sich selbst auszusagen: Von einem „Strafprozess“ kann erst mit der Einleitung eines rechtlichen Verfahrens die Rede sein; polizeiliche Vernehmung bzw. Befragung bildet noch keinen „Strafprozess“. Dass *Martinez* nicht wusste, ob seine Aussage später als Beweis in einem Strafprozess verwendet wird, ist unerheblich.¹²³ Dem steht auch nicht entgegen, dass selbst in den anderen Prozessen, wie etwa im Zivil- oder Verwaltungsprozess, niemand gezwungen werden

¹¹⁸ Vgl. *Weaver v. Brenner*, 40 F.3d 527, 535 (2d Cir.1994).

¹¹⁹ Vgl. *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27, 37 (2000).

¹²⁰ Vgl. *McKune v. Lile*, 536 U.S. 24 (2002).

¹²¹ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760 (2003).

¹²² Zum Inhalt der *Miranda-Warning*, siehe *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 478–479 (1966): “[W]hen an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, [h]e must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.”

¹²³ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 766–767, 769 (2003).

darf, gegen sich selbst auszusagen.¹²⁴ Denn dabei handelt es sich nur um eine konkrete Maßnahme bzw. verfahrensrechtliche Schutzvorrichtung gegen die Verletzung der *self incrimination*-Klausel, die nur anwendbar ist, wenn die betreffende Aussage später in einem Strafprozess gegen den Zeugen verwendet werden dürfte,¹²⁵ und daher nicht mit dem Recht gegen Selbstbelastung als solchem gleichzustellen ist.¹²⁶ So wurde in der Rechtsprechung z.B. ebenfalls anerkannt, dass die *Miranda-Warning* nur eine Maßnahme darstellt, die den Schutz vor der erzwungenen Selbstbelastung garantieren soll, nicht aber dieses Recht als solches.¹²⁷

Die Gegenansicht, dass hier bereits die Vernehmung an sich gegen die *self incrimination*-Klausel verstößt, vertreten Richter *Kennedy*, *Stevens* und *Ginsburg*. Danach stellt die *self incrimination*-Klausel eine materielle Einschränkung des staatlichen Verhaltens dar, und nicht lediglich eine Beweisverwertungsregel für die Gerichte. Sie befreit den Zeugen von der Zeugnispflicht, bietet ein „ständiges“ Recht gegen polizeiliche Maßnahmen, die Selbstbeschuldigung verursachen würden, stellt den Schutz des Individuums vor der willkürlichen Macht des Staates sicher und findet schon Anwendung zur Zeit und am Ort der Erzwingung der Aussage durch die Polizei. Dass ein Zeuge unter Gewährleistung der Immunität zur Aussage gezwungen werden darf, zeigt vielmehr nur, dass das Recht gegen Selbstbelastung nicht absolut gilt.¹²⁸

Für eine vermittelnde Meinung plädieren die Richter *Souter* und *Breyer*. Nach ihrer Ansicht liegt der Schutz vor Aussageerzwingung zwar nicht im Kernbereich des Fifth Amendment. Eine Erweiterung des Schutzbereichs vom Fifth Amendment wäre jedoch ggf. zur Gewährleistung der grundlegenden Rechte (*basic rights*) geboten. So darf z.B. auch niemand im Zivilprozess gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen, und vor der Vernehmung muss die *Miranda-Warning* ausgesprochen werden. Denn ohne diese vorherigen Schutzvorrichtungen würde die Kerngarantie des Fifth Amendment gefährdet. Im vorliegenden „Chavez-Fall“ besteht der von *Martinez* behauptete Anspruch auf Schadensersatz nach 42 U.S.C. § 1983 aber deshalb nicht, weil eine Erweiterung des Schutzbereichs des Rechts gegen Selbstbelastung insofern nicht erforderlich ist.¹²⁹

¹²⁴ Zur Anwendung dieses Rechts außerhalb des Strafprozesses, vgl. *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 444–445 (1972): “Fifth Amendment privilege against compulsory self-incrimination [...] can be asserted in any proceeding, civil or criminal, administrative or judicial, investigatory or adjudicatory”. Siehe auch *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70, 77 (1973).

¹²⁵ Vgl. *Maness v. Meyers*, 419 U.S. 449, 461–462 (1975).

¹²⁶ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 770–773 (2003).

¹²⁷ Vgl. *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 444 (1974); *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 306 (1985).

¹²⁸ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 790–794 (2003) (*Kennedy*, J., dissenting in part).

¹²⁹ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 777–779 (2003) (*Souter*, J., concurring).

cc) Im Rettungsfolterfall

Angesichts der Meinungsverschiedenheit in der Rechtsprechung lässt sich nicht feststellen, ob Rettungsfolter auch vom Schutzbereich der *self incrimination*-Klausel erfasst wird. Auch die Entscheidung im „Chavez-Fall“ bietet keine klare Antwort für diese Frage. Betrachtet man das Recht gegen Selbstbelastung lediglich als ein Recht im Verfahren, wird es nicht durch Rettungsfolter tangiert. Dieser Ansicht würden sich vier Richter im „Chavez-Fall“ anschließen. Schreibt man hingegen der *self incrimination*-Klausel die Funktion zu, die Bürger vor der willkürlichen Macht des Staates zu schützen, dann stellt Rettungsfolter ohne Zweifel einen Eingriff in das Recht des Täters gegen Selbstbelastung dar und fällt somit unter den Schutzbereich der *self incrimination*-Klausel. Für diese Meinung würden sich drei Richter im „Chavez-Fall“ aussprechen. Richter *Souter* und *Breyer* haben zwar dem Ergebnis der Entscheidung zugestimmt. Bei genauer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass sie möglicherweise unter Berücksichtigung der Grausamkeit der Folterhandlung den Schutzbereich des Fifth Amendment so erweitern würden, dass Rettungsfolter dadurch erfasst wird. Würde also der hier interessierende Rettungsfolterfall vor dem Gericht im „Chavez-Fall“ landen, könnte das Fifth Amendment von der Mehrheit der Richter für anwendbar erklärt werden.¹³⁰ Da sich aber die Besetzung des Gerichts inzwischen geändert hat, bleibt es freilich unklar, ob der U.S. Supreme Court heutzutage wirklich eine solche Entscheidung treffen würde.

c) Schutz der öffentlichen Sicherheit als Ausnahme

Selbst wenn man von einem weiten Anwendungsbereich der *self incrimination*-Klausel ausgeht, ist andererseits zu beachten, dass das Recht gegen Selbstbelastung in den USA jedenfalls nicht absolut gilt. In der Tat hat der U.S. Supreme Court seit Jahrzehnten eine Reihe von Ausnahmen zur *Miranda-Warning* festgestellt.¹³¹ Anerkannt ist etwa eine Ausnahme im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit. Im Jahr 1984 hat der U.S. Supreme Court z.B. entschieden, dass die Regelung hinsichtlich der *Miranda-Warning* nicht mit ihrer ganzen Strenge in einer Situation anzuwenden ist, in der der Polizeibeamte angeregt von der Sorge um die öffentliche Sicherheit Fragen stellt. Daher liegt keine Verletzung der *Miranda*-Rechte vor, wenn der Polizeibeamte den Verdächtigen ohne Belehrung über seine Rechte nach der bei der Straftat eingesetzten Schusswaffe fragt und diese anhand der Antwort findet.¹³²

¹³⁰ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 246 (2003).

¹³¹ Vgl. *Dressler/Michaels*, Criminal Procedure, S. 486 ff.

¹³² Vgl. *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 656 (1984). Diese Ausnahme wurde von der Mehrheit der Richter nochmals betont in *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004). Diese Entscheidungen basieren freilich auf dem Verständnis, dass die *Miranda*-Rechte als solche keine verfassungsrechtlichen Rechte sind und deren Verletzung somit noch keinen

Im hier interessierenden Rettungsfolterfall wird der folternde Polizeibeamte gerade durch den Schutz öffentlicher Sicherheit motiviert. Obwohl der U.S. Supreme Court im Prinzip das Interesse der Individuen an der Vermeidung von Zwang nicht gegen das Interesse der Regierung an Informationserhebung abwägt,¹³³ lässt sich angesichts der klaren Ausnahme zu den auf der *self incrimination*-Klausel beruhenden *Miranda*-Rechten wohl nicht ausschließen, dass das Gericht auch im Rettungsfolterfall zugunsten der öffentlichen Sicherheit eine Verletzung des Fifth Amendment verneint.

3. Die *due process*-Klausel

a) *Das Erfordernis des substantive due process*

Das Fifth Amendment schützt das Recht auf *due process of law* im Verfahren auf der Bundesebene. Das gleiche Recht gewährleistet das Fourteenth Amendment in den Bundesstaaten. Nach der *due process*-Klausel in der US-Verfassung darf niemand des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums ohne vorheriges ordentliches Gerichtsverfahren nach Recht und Gesetz beraubt werden.¹³⁴ Im Jahr 1936 hat der U.S. Supreme Court zum ersten Mal klargestellt, dass die durch Folter und andere körperliche Misshandlungen erpressten Aussagen wegen der Verletzung der *due process*-Klausel nicht im Verfahren verwertet werden dürfen.¹³⁵

Zwar handelt es sich in den meisten Entscheidungen hinsichtlich der *due process*-Klausel um die Problematik, wann eine Verletzung der Willensbetätigungsfreiheit des Angeklagten vorliegt,¹³⁶ sodass die dadurch erworbenen Beweise nicht im Verfahren verwendet werden können. Daher werden z.B. die Beweise, die durch körperliche Misshandlungen,¹³⁷ Todesandrohung,¹³⁸ Isolationshaft,¹³⁹ Schlafent-

Verstoß gegen das Fifth Amendment darstellt. Aber selbst in der Entscheidung, in der *Miranda*-Rechte als auf der Verfassung gegründet angesehen werden, hat der U.S. Supreme Court ebenfalls Ausnahme zur *Miranda*-Warning anerkannt. Denn dadurch zeigt sich nur, dass keine verfassungsrechtliche Regel unveränderlich ist. Vgl. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 441 (2000).

¹³³ Vgl. *Herman*, 53 Ohio St. L.J. 497, 503 (1992).

¹³⁴ Vgl. U.S. Const., Amdt. 5: "No Person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law"; U.S. Const., Amdt. 14, § 1: "[N]o state shall deprive any person of life, liberty or property without due process of law".

¹³⁵ Vgl. *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

¹³⁶ Vgl. *Colorado v. Connolly*, 479 U.S. 157 (1987).

¹³⁷ Vgl. z.B. *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936); *Stein v. New York*, 346 U.S. 156, 182 (1953); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952).

¹³⁸ Vgl. *Beecher v. Alabama*, 389 U.S. 35 (1967).

¹³⁹ Vgl. *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944); *Reck v. Pate*, 367 U.S. 433 (1961); *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 534 (1963).

zug,¹⁴⁰ erzwungene Nacktheit,¹⁴¹ eine über mehrere Tage andauernde Vernehmung,¹⁴² Verwendung von Wahrheitsserum¹⁴³ oder unter Ausnutzung der Schmerzen des Angeklagten¹⁴⁴ erhoben werden, wegen Verstoßes gegen die *due process*-Klausel für unverwertbar erklärt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Verstoß gegen die *due process*-Klausel nur dann anzunehmen ist, wenn die erpressten Beweise im Strafverfahren verwendet werden. Im Gegenteil: Die *due process*-Klausel gewährleistet nicht nur den „procedural“ *due process* bzw. das Recht auf ein formell faires Verfahren, welches verlangt, dass die unfreiwillig erbrachten Beweise von der Verwendung im Prozess ausgeschlossen werden,¹⁴⁵ sondern auch den „substantive“ *due process* bzw. die Freiheit von Aussageerpressung, gleichgültig, ob die erzwungene Aussage später im Verfahren verwendet wird. Der Schutzbereich der *due process*-Klausel geht also weiter als der der *self incrimination*-Klausel, weshalb bereits der Entzug der Freiheit durch „die ungeheuerlichste staatliche Handlung“,¹⁴⁶ wie etwa die polizeiliche Aussageerpressung als solche, einen Verstoß gegen sie darstellen könnte. So hat der U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit bereits Anfang der 1990er Jahre entschieden, dass die Vernehmung gegen den Willen des Verdächtigen in Abwesenheit eines Rechtsanwalts während einer Isolationshaft für ca. 24 Stunden schon das Recht auf *due process of law* verletzt, obwohl der verhörende Polizeibeamte gar nicht darauf abzielt, die dadurch erzielten Beweise vor Gericht zu nutzen. Denn die Verletzung der *due process*-Klausel, die durch die Zwangshandlung des Polizeibeamten zur Erlangung eines Geständnisses verursacht wird, ist schon vollendet mit dem Erzwingen als solchem.¹⁴⁷ Auch im „Chavez-Fall“ einigten sich acht Richter des U.S. Supreme Court darauf, dass schon der Missbrauch der polizeilichen Macht an sich durchaus die *due process*-Klausel verletzen könnte.¹⁴⁸ Fraglich ist freilich, ob und wann eine solche Verletzung vorliegt. In den USA ist jedenfalls weitgehend anerkannt,¹⁴⁹ dass die

¹⁴⁰ Vgl. *Greenwald v. Wisconsin*, 390 U.S. 519 (1968); *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944).

¹⁴¹ Vgl. *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 405 (1945).

¹⁴² Vgl. *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940).

¹⁴³ Vgl. *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293, 307–308 (1963).

¹⁴⁴ Vgl. *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978).

¹⁴⁵ Vgl. *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219, 236 (1941).

¹⁴⁶ Vgl. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 834, 846 (1998): “the most egregious official conduct”.

¹⁴⁷ Vgl. *Cooper v. Dupnik*, 963 F.2d 1220, 1244–1245 (9th Cir. 1992): “The due process violation caused by coercive behavior of law-enforcement officers in pursuit of a confession is complete with the coercive behavior itself.” Diese Ansicht hat das Gericht in seiner Entscheidung zum „Chavez-Fall“ wiederholt. Siehe dazu *Martinez v. Chavez*, 270 F.3d 852, 857 (9th Cir. 2001).

¹⁴⁸ Vgl. dazu *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760 (2003). Nur Richterin O’Connor hat sich nicht dazu geäußert.

¹⁴⁹ Vgl. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 746 (1987).

due process-Klausel – unter dem Gesichtspunkt des *substantive due process* – das Individuum vor den staatlichen Maßnahmen schützt, die entweder nach dem *shock the conscience*-Test erschütternd sind¹⁵⁰ oder in die Rechte eingreifen, die im Begriff der geordneten Freiheit enthalten sind.¹⁵¹

b) *Shock the conscience-Test*

Der *shock the conscience*-Test wurde Anfang der 1950er Jahre zum ersten Mal vom U.S. Supreme Court im „Rochin-Fall“ angewendet.¹⁵² Danach sind die staatlichen Handlungen, die das Gewissen erschüttern oder gegen die Vorstellungen einer demokratischen, anständigen Gesellschaft verstoßen,¹⁵³ als Eingriffe in das Recht auf *due process of law* anzusehen. Zwar hat der U.S. Supreme Court darauf hingewiesen, dass es für das Kriterium des *shock the conscience*-Tests nicht auf das eigene Gewissen oder die Vorstellungen der Richter von Gerechtigkeit und Anstand ankommt, sondern dass es anhand von Überlegungen basierend auf der Vernunft und der Tradition der Juristen, durch die Auffassung der Gesellschaft vom „fairen Spiel“ (*fair play*) und durch die Grundprinzipien von Anstand und Fairness nach der Tradition und dem Gerechtigkeitsgefühl der Bürger festzustellen ist.¹⁵⁴ Es besteht dennoch Zweifel daran, wann man davon ausgehen darf, dass das betreffende polizeiliche Verhalten „so ungeheuerlich, so entsetzlich ist, dass mit Fug und Recht gesagt werden darf, dass es das heutige Gewissen erschüttert“.¹⁵⁵ In der Tat wird der *shock the conscience*-Test auch nicht selten mangels klarer, im Einzelfall gut anwendbarer begrifflich-theoretischer Kontur kritisiert.¹⁵⁶ Der Test ist „unbestreitbar vage“,¹⁵⁷ stellt vielmehr nur „the Cellophane of subjectivity“¹⁵⁸ dar, dessen Ergebnis häufig lediglich vom persönlichen Gefühl der Richter abhängt.¹⁵⁹ Dieser Streit kann jedoch hier dahingestellt bleiben. Denn Folter zählt vom Begriff her zu

¹⁵⁰ Vgl. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952).

¹⁵¹ Vgl. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325–326 (1937): “implicit in the concept of ordered liberty”.

¹⁵² Vgl. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

¹⁵³ Vgl. *Deshawn E. v. Safir*, 156 F.3d 340, 348 (2d Cir. 1998).

¹⁵⁴ Vgl. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 168–174 (1952).

¹⁵⁵ Vgl. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 847–848 n. 8 (1998): “Thus, in a due process challenge to executive action, the threshold question is whether the behavior of the governmental officer is so egregious, so outrageous, that it may fairly be said to shock the contemporary conscience.” Siehe so auch *Lombardi v. Whitman*, 485 F.3d 73, 79 (2d Cir. 2007).

¹⁵⁶ Vgl. *Benner*, 67 Wash. U. L.Q. 59, 131 (1989).

¹⁵⁷ Vgl. *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559, 598 (2d Cir. 2009) (*Sack*, J., concurring in part and dissenting in part). Siehe so auch *Estate of Smith v. Marasco*, 430 F.3d 140, 156 (3d Cir. 2005); *Schaefer v. Goch*, 153 F.3d 793, 798 (7th Cir. 1998).

¹⁵⁸ *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 861 (1998) (*Scalia*, J., concurring).

¹⁵⁹ Vgl. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 175 (1952) (*Black*, J., concurring).

den extremen Formen von grausamer Misshandlung und überschreitet den *shock the conscience*-Level auf jeden Fall.¹⁶⁰

Allerdings ist es nicht unproblematisch, ob auch die Rettungsfolter nach dem *shock the conscience*-Test als Verstoß gegen die (*substantive*) *due process*-Klausel betrachtet werden kann. Denn nach der US-amerikanischen Rechtsprechung ist in der Regel im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine staatliche Maßnahme das Gewissen erschüttert.¹⁶¹ Dieselbe Misshandlung, die in einer bestimmten Situation als das Gewissen erschütternd betrachtet wurde, muss in einem anderen Fall nicht zwangsläufig auch so angesehen werden.¹⁶² In Bezug auf die Rettungsfolter ist dabei auch besonders auf Folgendes zu achten: Der U.S. Supreme Court hat Ende der 1990er Jahre im „Lewis-Fall“ festgestellt, dass die polizeiliche Maßnahme, die wahrscheinlich den *shock the conscience*-Level erreicht, diejenige Handlung ist, die mit Verletzungsvorsatz vorgenommen und nicht durch irgendein Interesse der Regierung gerechtfertigt wird.¹⁶³ Dadurch wird impliziert, dass selbst eine unbefugte, an sich grausame Misshandlung das Gewissen nicht erschüttert, wenn durch sie ein (wichtiges) Interesse der Regierung geschützt wird. In der Tat hat der U.S. Supreme Court bereits im „Lewis-Fall“ entschieden, dass ein Verstoß gegen die *due process*-Klausel nicht vorliegt, wenn der Polizeibeamte bei einer Verfolgung mit hoher Geschwindigkeit den Tod des Opfers aus Gleichgültigkeit verursacht. Denn der Polizeibeamte muss hier die Entscheidung hastig treffen und die Verfolgung dient zur Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der rechtmäßigen Ordnung.¹⁶⁴

Noch deutlicher kommt die Berücksichtigung des konkurrierenden Interesses der Regierung im „Chavez-Fall“ zum Ausdruck. Da dort die Gefahr besteht, dass *Martinez* infolge seiner schweren Körperverletzung stirbt und somit die Beweise verloren gehen, haben vier Richter die Vernehmung des Polizeibeamten nicht als ungeheuerlich oder das Gewissen erschütternd angesehen.¹⁶⁵ Weil im Rettungsfolterfall das Leben zahlreicher Menschen geschützt wird, dürfte die Rechtsprechung unter Berücksichtigung dieses geschützten Interesses auch davon ausgehen, dass selbst die Rettungsfolter das Gewissen nicht erschüttert.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Vgl. nur *Harbury v. Deutch*, 233 F.3d 596, 602 (D.C. Cir. 2000). Siehe auch *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559, 598 (2d Cir. 2009) (*Sack, J., concurring in part and dissenting in part*): “[N]o one doubts that under Supreme Court precedent, interrogation by torture meets that test.”

¹⁶¹ Vgl. *Miller v. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368, 375 (3d Cir. 1999).

¹⁶² Vgl. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 850–851 (1998).

¹⁶³ Vgl. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 849 (1998): “[C]onduct intended to injure in some way unjustifiable by any government interest is the sort of official action most likely to rise to the conscience-shocking level.”

¹⁶⁴ Vgl. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 853–854 (1998).

¹⁶⁵ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 775 (2003).

¹⁶⁶ Vgl. *Kreimer*, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 306 (2003): “[I]f the judicial conscience is shocked only where there is not a reasonable arithmetic proportion between the incremen-

Im „Leon-Fall“ vom Anfang der 1980er Jahre, in dem mehrere Polizeibeamte zur Erpressung des Versteckts des Entführungsofners den Täter *Leon* körperlich misshandelt hatten, hat der U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit sogar entschieden, dass dort die Misshandlungen durch die unverzügliche Erforderlichkeit für die Rettung des Opfers motiviert wurden und daher keinen typischen Fall der Anwendung von ungerechtfertigter Gewalt darstellten. Dort liegt also keine grausame polizeiliche Handlung vor, die unter völliger Missachtung des Gesetzes ein Geständnis zu erpressen versucht. Die Polizeibeamten handelten vielmehr „in einer vernünftigen Weise“. ¹⁶⁷ Obwohl sich die Rechtslage in den USA mit der Ratifikation der UN-Antifolterkonvention im Jahr 1994, in der Folter absolut verboten wurde, geändert hat, lässt sich nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung dennoch die Rettungsfolter nicht als das Gewissen erschütternd und somit auch nicht als Verstoß gegen die (*substantive*) *due process*-Klausel bewertet. Denn anders als die US-Verfassung werden die sich aus dem Völkerrecht ergebenden Pflichten in den USA nicht immer als verbindlich betrachtet. So ist z.B. in den USA zwar längst anerkannt, dass ein vom U.S. Congress erlassenes Gesetz nicht in einer das Völkerrecht verletzenden Weise ausgelegt werden soll, solange eine andere Auslegungsmöglichkeit besteht, ¹⁶⁸ und dass das Völkerrecht ein Teil des Rechts der USA ist. ¹⁶⁹ Der U.S. Congress darf jedoch durchaus Gesetze verabschieden, die mit dem Völkerrecht nicht im Einklang stehen. ¹⁷⁰ Verbindlich sind nur verfahrensmäßig erlassene, der US-Verfassung entsprechende Gesetze, auch wenn sie gegen das Völkerrecht verstoßen. ¹⁷¹

Auch die Tatsache, dass der U.S. Supreme Court manchmal die verfassungsrechtlichen Vorschriften im Lichte der internationalen Verträge auslegt, auch wenn diese Verträge von den USA noch nicht oder nur mit Vorbehalt ratifiziert worden sind, ¹⁷² hilft hier nicht weiter. Denn einerseits lässt sich diese Praxis kaum mit der

tal expected benefit to the public and the harm to the subject of torture, a sufficiently large fear of catastrophe could conceivably authorize almost any plausibly efficacious government action. Even a small increase in the probability of avoiding a nuclear or biological holocaust could be argued to swamp almost any harm to a single individual.”

¹⁶⁷ Vgl. *Leon v. Wainwright*, 734 F.2d 770, 773 (11th Cir. 1984). Siehe ebenso *Leon v. State*, 410 So.2d 201, 203 (Fla. Dist. App. 1982): “[T]he force and threats asserted upon Leon [...] were understandably motivated by the immediate necessity to find the victim and save his life.”

¹⁶⁸ Vgl. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

¹⁶⁹ Vgl. *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

¹⁷⁰ Vgl. *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 679 (9th Cir. 1989): “In enacting statutes, Congress is not bound by international law; if it choose to do so, it may legislate contrary to the limits posed by international law.”

¹⁷¹ Vgl. *Alvarez-Mendez v. Stock*, 941 F.2d 956, 963 (9th Cir. 1991): “[W]e are bound by a properly enacted statute, provided it be constitutional, even if that statute violates international law.”

¹⁷² Vgl. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 576 (2005), wobei das Eighth Amendment mit Rücksicht auf zahlreiche internationale Verträge, unter die auch die nicht von den USA

anderen Rechtsprechung¹⁷³ vereinbaren, wonach das Völkerrecht sogar im Prinzip nicht als einfaches Bundesgesetz vor den Bundesgerichten anzuwenden ist,¹⁷⁴ und wird nicht nur von zahlreichen Richtern, sondern auch in der Literatur, in den Medien und in den Materialien des Congress heftig kritisiert.¹⁷⁵ Andererseits hat der U.S. Supreme Court auch klargestellt, dass das Völkerrecht bzw. die Ansicht der Weltgemeinschaft jedenfalls für das Auslegungsergebnis nicht entscheidend ist.¹⁷⁶ Daher ist nicht schon aus der Ratifikation der UN-Antifolterkonvention zu folgern, dass die Rechtsprechung in den USA die Rettungsfolter mit Sicherheit als das Gewissen erschütternd ansehen würde. In der Tat wird neuerdings in der Rechtsprechung hingegen anerkannt, dass die Frage, ob der *substantive due process* die zwangsweise Vernehmung, einschließlich der Folter, zur Abwehr eines Terroranschlags *per se* missbilligt, wesentlich anders ist als die Frage, ob Folter eingesetzt werden darf, um Beweise zur Verfolgung einer Straftat zu erpressen. Ob Folter im ersteren Fall den *shock the conscience*-Test nie bestehen kann, ist eine dogmatisch noch nicht gelöste Problematik.¹⁷⁷

c) Schutz der materiellen Rechte

Durch die (*substantive*) *due process*-Klausel werden auch die sogenannten materiellen Rechte (*substantive rights*) bzw. die fundamentalen Freiheiten (*fundamental liberty interests*), die tief in der Geschichte und Tradition der USA verwurzelt sind¹⁷⁸ und im Begriff der geordneten Freiheit enthalten sind, sodass ohne sie weder Freiheit noch Gerechtigkeit existieren würde,¹⁷⁹ vor Eingriffen durch die staatliche Gewalt geschützt.¹⁸⁰ Bereits im Jahr 1884 hat der U.S. Supreme Court festgestellt, dass die *due process*-Klausel die grundlegenden Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit wahrt.¹⁸¹ Auf der anderen Seite zeigt sich jedoch in einer Reihe von Entscheidungen die Abneigung des Gerichts, den Begriff des *substantive due proc-*

ratifizierte UN-Kinderrechtskonvention (*Convention on the Rights of the Child*) und der unter Vorbehalt ratifizierte IPbPR fallen, ausgelegt wird. Siehe auch *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316 n. 21 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 572–573 (2003).

¹⁷³ Vgl. *Bradley/Goldsmith/Moore, D.*, 120 Harv. L. Rev. 869, 935 (2007).

¹⁷⁴ Vgl. z.B. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

¹⁷⁵ Vgl. *Cleveland*, 31 Yale J. Int'l L. 1, 3–4 nn. 7–14 (2006) m.w.N.

¹⁷⁶ Vgl. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 578 (2005).

¹⁷⁷ Vgl. *Arar v. Ashcroft*, 414 F. Supp. 2d 250, 274 (E.D.N.Y. 2006).

¹⁷⁸ Vgl. *Moore v. East Cleveland*, 431 U. S. 494, 503 (1977): “deeply rooted in this Nation’s history and tradition”. Siehe ähnlich *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97, 105 (1934): “so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”.

¹⁷⁹ Vgl. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325–326 (1937): “neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed”.

¹⁸⁰ Vgl. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

¹⁸¹ Vgl. *Hurtado v. California*, 110 u.S. 516, 535 (1884).

ess auszudehnen.¹⁸² Denn dadurch kann kaum ein deutliches Kriterium für die Entscheidung im Einzelfall festgestellt werden.¹⁸³ So wird auch vom U.S. Supreme Court verlangt, dass die behaupteten fundamentalen Freiheiten vorsichtig beschrieben werden müssen.¹⁸⁴

Ob die Rettungsfolter die materiellen Rechte oder die fundamentalen Freiheiten beeinträchtigt, ist bei genauer Betrachtung unklar. Das Recht auf Freiheit von extremer, grausamer körperlicher oder seelischer Behandlung während der polizeilichen Vernehmung ist ein tief in der Geschichte und Tradition der USA verwurzelttes Recht, das auch tatsächlich von der Rechtsprechung weitgehend anerkannt wird. Schon in den 1930er Jahren hat der U.S. Supreme Court festgestellt, dass die *due process*-Klausel zumindest den Schutz gegen körperliche oder seelische Folter gewährleistet.¹⁸⁵ So stellt z.B. die Vernehmung mit vorgehaltener Schusswaffe eine Verletzung der (*substantive*) *due process*-Klausel dar.¹⁸⁶ Auch Richter *Kennedy*, *Stevens* und *Ginsburg* waren im „Chavez-Fall“ der Meinung, dass die Anwendung der Folter oder anderer äquivalenter Misshandlungen zur Erpressung einer Aussage das fundamentale Recht des Individuums auf die Freiheit verletzt, weshalb im „Chavez-Fall“ ein Verstoß gegen die (*substantive*) *due process*-Klausel vorliegt. Die US-Verfassung erlaubt also nicht, bei der Vernehmung große Schmerzen oder akuten Stress zuzufügen.¹⁸⁷

Die Schlussfolgerung, dass die Rettungsfolter somit die materiellen Rechte verletzt, lässt sich allerdings nicht ziehen. Denn ein Eingriff in die fundamentalen Rechte kann durchaus durch ein Interesse der Regierung gerechtfertigt werden. Auch hier kann also der Schutz der materiellen Rechte durch die Berücksichtigung von Interessen des Staates relativiert werden. Anfang der 1990er Jahre hat der U.S. Supreme Court schon ausdrücklich entschieden, dass das Fourteenth Amendment der Regierung verbietet, überhaupt in die fundamentalen Freiheiten einzugreifen, es sei denn, dass dieser Eingriff streng auf den Zweck zugeschnitten wird, ein konkur-

¹⁸² Vgl. z.B. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 849 (1998); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997); *Albright v. Oliver*, 510 U.S. 266, 271 (1994); *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302 (1993).

¹⁸³ Vgl. *Collins v. Harker Heights*, 503 U.S. 115, 125 (1992); *Regents of Univ. of Mich. v. Ewing*, 474 U.S. 214, 225–226 (1985).

¹⁸⁴ Vgl. *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302 (1993); *Collins v. Harker Heights*, 503 U.S. 115, 125 (1992).

¹⁸⁵ Vgl. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 326 (1937).

¹⁸⁶ Vgl. *Wilkins v. May*, 872 F.2d 190, 195 (7th Cir. 1989).

¹⁸⁷ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 796 (2003) (*Kennedy*, J., dissenting in part): “[I]t seems to me a simple enough matter to say that use of torture or its equivalent in an attempt to induce a statement violates an individual’s fundamental right to liberty of the person. [...] The Constitution does not countenance the official imposition of severe pain or pressure for purposes of interrogation.”

rierendes Interesse des Staates zu gewährleisten.¹⁸⁸ Im „Chavez-Fall“ vertraten auch drei Richter aufgrund der Erforderlichkeit, wichtige Beweise zu gewinnen, die Ansicht, dass dort nicht von einer Verletzung der fundamentalen Freiheiten die Rede sein kann.¹⁸⁹ Angesichts der Tatsache, dass im Rettungsfolterfall das Leben einer Vielzahl von Menschen geschützt werden kann, lässt sich im Lichte dieser Entscheidungen auch die Möglichkeit nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung die Rettungsfolter trotz der Grausamkeit der Folterhandlung unter Berücksichtigung des dadurch geschützten Interesses nicht als Verletzung der materiellen Rechte oder der fundamentalen Interessen der Freiheit ansieht.

4. Zwischenergebnis

Ob die Rettungsfolter als solche gegen die *self incrimination*-Klausel oder die (*substantive*) *due process*-Klausel verstößt, ist heutzutage in den USA noch unklar.¹⁹⁰ Was die *self incrimination*-Klausel angeht, ist deren Anwendbarkeit im Rettungsfolterfall schon problematisch. Die überwiegende Rechtsprechung würde diese Frage verneinen. Zudem kann ein Eingriff in das Recht gegen Selbstbelastung noch durch öffentliche Sicherheit gerechtfertigt werden. Daher wäre die Anwendung der *self incrimination*-Klausel im Rettungsfolterfall eher unwahrscheinlich. Hinsichtlich der (*substantive*) *due process*-Klausel ist fraglich, ob die Rettungsfolter wegen des dadurch geschützten Interesses nicht als das Gewissen erschütternd oder als Verletzung der materiellen Rechte angesehen wird. Da bisher kein Gericht zu dieser Problematik Stellung genommen hat,¹⁹¹ bleibt die Antwort noch offen.

B. 42 U.S.C. § 2000dd

Aufgrund des vom U.S. Congress – vor allem unter dem Einfluss des Senators *John McCain*, der selbst als ein Folteropfer während des Vietnamkriegs galt – er-

¹⁸⁸ Vgl. *Reno v. Flores*, 507 U. S. 292, 302 (1993): The Fourteenth Amendment “forbids the government to infringe [...] ‘fundamental’ liberty interests at all, no matter what process is provided, unless the infringement is narrowly tailored to serve a compelling state interest”. Siehe so auch *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

¹⁸⁹ Vgl. *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, 775–776 (2003).

¹⁹⁰ Wird die durch Rettungsfolter erpresste Aussage später im Verfahren als Beweis verwendet, liegt hingegen ein klarer Verstoß gegen die *self incrimination*-Klausel und die *due process*-Klausel vor.

¹⁹¹ Die Entscheidungen im „Leon-Fall“ betreffen diese Problematik auch nicht unmittelbar. Denn in diesem Fall wurde *Leon* anhand eines später abgelegten Geständnisses verurteilt. Die Kernfrage dabei was deshalb, ob dieses zweite Geständnis als freiwillig angesehen werden darf.

lassenen *Detainee Treatment Act of 2005*¹⁹² wird in 42 U.S.C. § 2000dd (a) ausdrücklich vorgesehen, dass niemand in Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle der US-Regierung, ungeachtet seiner Nationalität und seines Standorts, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe unterworfen werden darf.¹⁹³ Des Weiteren wird dort sogar in § 2000dd (c) geregelt, dass diese Vorschrift nur durch eine in Zukunft spezifisch verabschiedete Regelung aufgehoben, modifiziert oder ersetzt werden darf.¹⁹⁴ Durch 42 U.S.C. § 2000dd zielt also der Gesetzgeber darauf ab, die Abneigung der USA gegen Folter zu manifestieren, das Verbot der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung als weltweit geltendes Gesetz festzusetzen¹⁹⁵ und auch die Lücke, dass nur Folter ausdrücklich unter Strafe gestellt wird, zu schließen.¹⁹⁶

Aus der Besorgnis, dass die Anerkennung von Ausnahmen zum Schutz der Menschenrechte in extremen Fällen, wie etwa in einer *ticking time bomb*-Situation, zum systematischen Missbrauch und zur Untergrabung der Wirkungskraft der Vorschrift führen würde, hat der Gesetzgeber 42 U.S.C. § 2000dd bewusst absolut formuliert.¹⁹⁷ Trotz des klaren Wortlauts lässt sich jedoch die Schlussfolgerung nicht ziehen, dass die Rettungsfolter durch 42 U.S.C. § 2000dd absolut missbilligt würde. Denn in § 2000dd (d) wird die Definition der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung wiederum mit dem Fifth und Fourteenth Amendment verbunden.¹⁹⁸ Danach sollen nur diejenigen Misshandlungen, die an sich schon gegen das Fifth und Fourteenth Amendment verstoßen, unter den Anwendungsbereich des 42 U.S.C. § 2000dd fallen und dadurch untersagt werden. Der Schutzbereich des Fifth und Fourteenth Amendment gegen brutale Vernehmungs-

¹⁹² Vgl. Pub. L. 109–148, Div A, Title X, § 1003, 119 Stat. 2739; Pub. L. 109–163, Div A, Title XIV, § 1403, 119 Stat. 3475.

¹⁹³ Vgl. 42 U.S.C. § 2000dd (a): “No individual in the custody or under the physical control of the United States Government, regardless of nationality or physical location, shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.”

¹⁹⁴ Vgl. 42 U.S.C. § 2000dd (c): “The provisions of this section shall not be superseded, except by a provision of law enacted after the date of the enactment of this Act which specifically repeals, modifies, or supersedes the provisions of this section.”

¹⁹⁵ Vgl. Editorial, *Unchecked Abuse*, Wash. Post, 11 Jan. 2006.

¹⁹⁶ Vgl. *Vidal*, 2 *Interdisc. J. Hum. Rts. L.* 1, 21 (2007).

¹⁹⁷ Vgl. *McCain*, *Torture’s Terrible Toll*, Newsweek, 21 Nov. 2005, p. 36: “To carve out legal exemptions to this basic principle of human rights risks opening the door to abuse as a matter of course, rather than a standard violated truly in extremis. It is far better to embrace a standard that might be violated in extraordinary circumstances than to lower our standards to accommodate a remote contingency, confusing personnel in the field and sending precisely the wrong message abroad about America’s purposes and practices.”

¹⁹⁸ Vgl. 42 U.S.C. § 2000dd (d): “In this section, the term ‘cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment’ means the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States, as defined in the United States Reservations, Declarations and Understandings to the United Nations Convention Against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment done at New York, 10 Dec. 1984.”

methoden wird jedoch in den USA nur durch entwickelnde Auslegung der Rechtsprechung festgestellt und ist rechtspolitisch und dogmatisch stets umstritten.¹⁹⁹ Wie oben bereits dargestellt, ist zurzeit in den USA noch unklar, ob die Rettungsfolter überhaupt gegen die *self incrimination*-Klausel oder die (*substantive*) *due process*-Klausel verstößt und daher das Fifth und Fourteenth Amendment verletzt. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Richter in extremen Fällen ein anderes Kriterium für die Feststellung der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung heranziehen.²⁰⁰ Somit kann ein Verbot der Rettungsfolter in den USA auch nicht anhand 42 U.S.C. § 2000dd begründet werden.

C. Executive Order 13491

Kurz nach seinem Amtsantritt erließ US-Präsident *Obama* am 22. Januar 2009 die *Executive Order 13491 (Ensuring Lawful Interrogations)*. Sie sieht vor allem vor, dass in jedem bewaffneten Konflikt nur die im „FM 2-22.3, Human Intelligence Collector Operations“ genehmigten und aufgelisteten Vernehmungsmethoden eingesetzt werden dürfen.²⁰¹ Im FM 2-22.3 werden insgesamt 19 Vernehmungstechniken – teilweise eine Genehmigung der höheren Behörde vorausgesetzt – erlaubt. Darunter fallen z.B. die als *ultima ratio* ausnahmsweise gegen illegale feindliche Kombattanten (*unlawful enemy combatants*) einsetzbare Methode der *separation*,²⁰² wobei der Vernommene freilich nicht unter unmenschlichen Bedingungen inhaftiert werden darf,²⁰³ und zahlreiche psychische Techniken wie etwa *false flag*, bei der dem Betroffenen vorgespielt wird, dass er gerade von einem Repräsentant aus einem anderen Land als den USA, welches seinem Land oder seiner Organisation freundlich gesinnt ist, vernommen wird.²⁰⁴ Hingegen werden Vernehmungstechniken, durch die körperliche Schmerzen direkt zugefügt werden, wie etwa Schlagen, Verabreichen elektrischer Schocks und Verbrennen, im FM 2-22.3 ausdrücklich verboten.²⁰⁵ Dies bedeutet allerdings nur, dass bei den bewaffneten Konflikten keine Folter, wenn auch aus Rettungsabsicht, ausgeübt werden darf. Da also die *Executive Order 13491* die Behandlung der Individuen, die bei einem

¹⁹⁹ Vgl. *Garcia*, CRS Report for Congress, RL33655, S. 3 f.

²⁰⁰ Vgl. *Suleman*, 19 Harv. Hum Rts. J. 257, 262 (2006).

²⁰¹ Vgl. Ex. Ord. 13491, Sec. 3 (b): “[A]n individual in the custody or under the effective control of an officer, employee, or other agent of the United States Government, or detained within a facility owned, operated, or controlled by a department or agency of the United States, in any armed conflict, shall not be subjected to any interrogation technique or approach, or any treatment related to interrogation, that is not authorized by and listed in Army Field Manual 2-22.3 (Manual)”.

²⁰² Vgl. FM 2-22.3, M-1, M-5.

²⁰³ Vgl. FM 2-22.3, M-30.

²⁰⁴ Vgl. FM 2-22.3, 8-69.

²⁰⁵ Vgl. FM 2-22.3, 5-75.

bewaffneten Konflikt im Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle der US-Regierung stehen, zum Gegenstand hat, lässt sich das Verbot direkter Schmerzzufügung im FM 2-22.3 nicht ohne Weiteres auf den hier interessierenden Rettungsfolterfall bzw. auf die inländische Kriminalitätsbekämpfung übertragen. Dennoch zeigt die US-Regierung mit der *Executive Order 13491* den Willen, Folter kategorisch zu verbieten.

D. Spezifische Politik der Behörde

Obwohl sich der US-Verfassung kein eindeutiges Verbot der Rettungsfolter entnehmen lässt, haben sich einige Bundesbehörden dafür entschieden, bei der Vernehmung keine Gewalt anzuwenden.

Im „Legal Handbook for Special Agents“ des FBI wird z.B. Folgendes ausdrücklich geregelt: Es ist ein Grundsatz des FBI, keine Aussage durch Gewalt, Drohung oder Versprechung zu erzielen. Der Angeklagte oder Verdächtige muss sich freiwillig entscheiden können, ob er mitwirkt oder nicht; will er nach Belehrung über seine Rechte weiterhin schweigen oder einen Rechtsanwalt, müssen alle Vernehmungen sofort beendet werden.²⁰⁶ Nachdem im Mai 2004 der Abu-Ghraib-Folter-skandal ans Tageslicht gekommen war, hat das FBI noch im selben Monat diese Politik in einer offiziellen Mitteilung für alle Abteilungen besonders unterstrichen. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass bestimmte Mindeststandards hinsichtlich der Behandlung von Häftlingen eingehalten werden müssen, selbst wenn die *Miranda*-Rechte im Einzelfall nicht anwendbar sind, und dass kein Häftling, ungeachtet seines Status, vom Personal des FBI unter Anwendung von Methoden mit Zwangscharakter, wie etwa körperlichem Missbrauch oder Drohung, vernommen werden darf. Darüber hinaus darf das Personal des FBI auch nicht an von anderen Behörden durchgeführten Misshandlungen oder Vernehmungen teilnehmen, die mit der Politik des FBI nicht vereinbar sind.²⁰⁷

Da bei diesen Regelungen keine Ausnahme vorgesehen ist, müsste die Rettungsfolter ebenfalls verboten bleiben. Somit dürfte davon ausgegangen werden können, dass ein Special Agent des FBI selbst in der *ticking time bomb*-Szene bzw. im hier interessierenden Rettungsfolterfall keine Genehmigung erhalten würde, die rettenden Informationen durch Folter zu erpressen. Ob diese Politik trotz des ausnahmslos gestalteten Wortlauts wirklich in extremen Fällen durchgesetzt würde, bleibt aber noch unklar.

²⁰⁶ Vgl. Legal Handbook for Special Agents, 7-2.1: “(1) It is the policy of the FBI that no attempt be made to obtain a statement by force, threats, or promises.”

²⁰⁷ Vgl. FBI General Counsel, Treatment of Prisoners and Detainees, 19 May 2004.

E. Torture warrant

1. Die Lösung von Dershowitz

Dershowitz geht davon aus, dass die nicht tödliche Rettungsfolter in bestimmten Katastrophensituationen durchaus wünschenswert wäre, und schlägt vor, dass in der *ticking time bomb*-Situation der Täter mit der Genehmigung des Gerichts bzw. mit einer gerichtlichen Anordnung gefoltert werden dürfe.²⁰⁸ Denn durch das Verlangen eines *torture warrant* sei die Rettungsfolter erst mit Einverständnis sowohl des Polizeibeamten als auch des Richters auszuüben, sie müsse nämlich nach einem vorher festgestellten, rechtlichen Prozess öffentlich vorgenommen werden.²⁰⁹ Somit würde die Anwendung der Folter streng kontrolliert und auf einen möglichst engen Umfang begrenzt. Auch die Rechte des Gefolterten könnten dadurch besser geschützt werden.²¹⁰ Insofern stellt der *torture warrant* nicht nur eine Einräumung der öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnis zur, sondern auch eine wichtige Kontrolle der Rettungsfolter dar.

2. Die Kritik

Diese Ansicht, nach der eine öffentlich-rechtliche Befugnis zur Rettungsfolter durch eine richterliche Anordnung geschaffen wird, ist in der Literatur ganz überwiegend auf Kritik gestoßen.²¹¹ Die Autoren, die ein absolutes Folterverbot befürworten, lehnen diesen Vorschlag ab.²¹² Aber auch diejenigen, die sich für die gesetzliche Legitimation²¹³ oder strafrechtliche *justification* der Rettungsfolter²¹⁴ aussprechen, halten *Dershowitz*' Auffassung für nicht überzeugend.

Gegen diese Ansicht wird vor allem eingewandt, dass die Anerkennung des *torture warrant* die polizeiliche Folter eigentlich nicht kontrollieren kann und schließlich zu einer Ausbreitung der Folter führen würde. Während des 16. und 17. Jahrhunderts wurde der *torture warrant* in England eingesetzt als Erlaubnis der Aussageerpressung oder zur Erzwingung von Informationen hinsichtlich eines zukünftigen Angriffs gegen den Staat. Trotz des Erfordernisses eines *warrant* wurde Folter in der Folge weitgehend missbräuchlich eingesetzt.²¹⁵ Mit der Anerkennung

²⁰⁸ Vgl. *Dershowitz*, Terrorism, S. 158 ff.

²⁰⁹ Vgl. ebenda, S. 151.

²¹⁰ Vgl. ebenda, S. 141, 158 ff.

²¹¹ Zustimmung findet diese Ansicht aber bei *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013, 2043–2050 (2003). Dabei wird *Dershowitz*' Lösung weiter eingeschränkt durch die Erfordernisse, dass alle *torture warrants* mit ausführlichen Begründungen veröffentlicht werden sollen und dass der Richter bei der Folter anwesend sein muss (vgl. dort S. 2048).

²¹² Vgl. z.B. *Waldron*, Torture, S. 217 ff.; *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 271–273 (2003).

²¹³ Vgl. z.B. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 699 (2006).

²¹⁴ Vgl. z.B. *Raviv*, 13 Geo. Mason L. Rev. 135, 162–168 (2004).

²¹⁵ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1602 (2007).

des *torture warrant* würde sich heute diese Geschichte wiederholen. Denn bei der Ausstellung eines *warrant* handelt es sich um einen „*ex parte*-Prozess“.²¹⁶ Die Notwendigkeit der Rettungsfolter wird nur von einem Polizeibeamten einseitig – d.h. ohne Anwesenheit und Verteidigungsmöglichkeit des Gefolterten – behauptet. Da die Richter nicht allwissend sind, lässt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, dass die Polizeibeamten auch in tatsächlich nicht so dringenden Situationen einen *torture warrant* ausstellen lassen könnten, indem sie z.B. den Ernst oder die Hoffnungslosigkeit der Lage vor Gericht übertreiben.²¹⁷ Das Erfordernis eines *torture warrant* macht die Polizeibeamten zwar etwas vorsichtiger bei der Beantragung, aber wohl nicht ehrlicher.²¹⁸ In solchen Fällen kann die richterliche Anordnung keine effektive Einschränkung der Folter darstellen, weil die Gerichte im Prinzip eine sehr respektvolle Haltung einnehmen, wenn sie zur Überprüfung von Maßnahmen und Entscheidungen der Regierung in Zeiten einer schweren nationalen Krise aufgefordert werden.²¹⁹ Angesichts der angeblich zu befürchtenden schweren Schadensfolgen würden die Richter zur Vermeidung der Verantwortung fehlerhafter Bewertung den *torture warrant* selbst im Zweifel ausstellen.²²⁰

Hinzu kommt noch, dass durch die Anerkennung des *torture warrant* Folter eine rechtliche, stets präsenste Option wird. Somit wird nicht nur die Wirkungskraft des rechtlichen Folterverbots, die die Amtsträger von der Ausübung der Folter abhält, ausgehöhlt. Dadurch werden die Polizeibeamten sogar angereizt, Antrag auf einen *torture warrant* zu stellen oder die Richter zu dessen Ausstellung zu drängen. Denn mit einem *torture warrant* hat der folternde Polizeibeamte keine rechtliche oder moralische Verantwortung zu tragen: Er wälzt die Verantwortung einfach auf die Richter ab.²²¹

Schließlich und nicht zuletzt ist die Ausweitung der Folteranwendung auch deshalb zu befürchten, weil der Polizeibeamte selbst den Richter aussuchen kann, von dem er – z.B. weil sich dieser Richter besonders um den Schutz der Sicherheit sorgt – einen *torture warrant* leicht bekommt.²²² Aus diesen Gründen lässt sich feststellen, dass die Bedeutung der richterlichen Anordnung für die Kontrolle der Folter von *Dershowitz* überschätzt wird. Die Richter würden in der Praxis gegen seinen Wunsch einfach als „Gummistempel“ der Polizeibeamten dienen und *torture warrants* in den meisten oder sogar fast allen Fällen ausfertigen.²²³

²¹⁶ Vgl. *R. Posner*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 296: „A warrant is issued in an *ex parte* proceeding.“

²¹⁷ Vgl. *Kreimer*, 6 *U. Pa. J. Const. L.* 278, 319–320 (2003).

²¹⁸ Vgl. *R. Posner*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 296.

²¹⁹ Vgl. *Gross*, 88 *Minn. L. Rev.* 1481, 1538–1539 (2004).

²²⁰ Vgl. *Reichman*, 9 *Cardozo J. Int'l and Comp. L.* 41, 67 (2001) hinsichtlich der Situation in Israel.

²²¹ Vgl. *Kreimer*, 6 *U. Pa. J. Const. L.* 278, 322 (2003).

²²² Vgl. *R. Posner*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 296.

²²³ Vgl. *Gross*, 88 *Minn. L. Rev.* 1481, 1541 (2004).

Um diese Gefahr des *slippery slope* zu vermeiden, verlangt *Dershowitz*, dass der *torture warrant* eine eng begrenzte Ausnahme (*principled break*) bleiben muss. Die Rettungsfolter sollte danach z.B. nur dann genehmigt werden, wenn sie sich gegen die verurteilten Terroristen richtet, die die Informationen über zukünftige schwere Terroranschläge besitzen.²²⁴ Diese Einschränkung ist aber an sich problematisch. Denn danach wäre Folter auch erlaubt, wenn der abzuwehrende Terroranschlag nicht gegenwärtig, sondern erst in der Zukunft zu erwarten wäre. Zudem bestehen Zweifel, wann davon ausgegangen werden kann, dass der zu verhindernde Terroranschlag genügend „schwer“ ist. Schließlich lässt sich nicht übersehen, dass gerade im hier interessierenden Rettungsfolterfall bzw. in der *ticking time bomb*-Situation gar keine Zeit ist, den Terroristen zu verurteilen, bevor er gefoltert wird.²²⁵ In der Tat kann *Dershowitz* selbst nicht an seinem Grundsatz festhalten. Denn er denkt nicht nur an die Möglichkeit, Folter gegen verurteilte Terroristen auszuüben, sondern auch gegen Terrorverdächtige oder gegen diejenigen, die nachweisbar Informationen zur Abwehr eines Terroranschlags haben.²²⁶

Auch in anderer Hinsicht erweist sich *Dershowitz*' Vorschlag als zweifelhaft. So wird z.B. darauf hingewiesen, dass durch die Ausstellung des *torture warrant* der Eindruck erweckt werden könnte, dass sich die Richter an den – zumindest anscheinend – schlechten Handlungen, wie etwa der Verletzung der Menschenwürde und der Menschenrechte, beteiligen,²²⁷ was sich negativ auf die Vorstellung der Allgemeinheit von der Judikative auswirkt.²²⁸ Auch das Erfordernis eines *torture warrant* gerade im dringenden Notfall, wie etwa in der *ticking time bomb*-Situation, scheint problematisch. Denn wie sich der Rechtsprechung hinsichtlich des Fourth Amendment entnehmen lässt, soll eine richterliche Anordnung (dort freilich zur Untersuchung und Festnahme) in dringenden Situationen nicht erforderlich sein.²²⁹ Schließlich besteht auch keine Garantie, dass die Anwendung von Folter durch die Forderung eines *torture warrant* in der Öffentlichkeit sichtbar gemacht werden kann. Denn sowohl die *warrants* als auch die Gründe für ihre Ausstellung würden – wie schon bewiesen in der anderen ähnlichen Praxis²³⁰ – wohl geheim bleiben.²³¹

²²⁴ Vgl. *Dershowitz*, *Terrorism*, S. 147.

²²⁵ Vgl. *Kreimer*, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 321 (2003).

²²⁶ Vgl. *Dershowitz*, *Terrorism*, S. 151, 158 f.

²²⁷ Dies hat auch *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013, 2048 (2003) anerkannt: “[T]he judge should personally become fully aware of his or her complicity in the act of torture”.

²²⁸ Vgl. *Sung*, 23 B.C. Third World L.J. 193, 208 (2003).

²²⁹ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 272–273 (2003); *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1536–1537 (2004).

²³⁰ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1546–1548 (2004) mit den Beispielen, dass die Fälle im Einwanderungsbereich, die für die Ermittlung des Terroranschlags am 11. September 2001 relevant sind, geheim gehalten wurden, und dass der FISC (*The United States Foreign Intelligence Surveillance Court*) seit den 1970er Jahren viele Durchsuchungsbefehle (*search warrants*) heimlich ausgestellt hat.

²³¹ Vgl. *R. Posner*, in: *Levinson* (ed.), *Torture*, S. 296.

F. Zwischenergebnis

Aus der US-amerikanischen Verfassung und der gesetzgeberischen Vorschrift ergibt sich kein klares Verbot der Rettungsfolter. Dennoch zeigt neuerdings die Obama-Regierung in der Terrorismusbekämpfung eine starke Tendenz, Folter absolut zu verbieten. Zudem hat sich das FBI als eine der wichtigsten Bundespolizeibehörden ausdrücklich für den Verzicht auf Gewaltanwendung und die Androhung davon im Verhör ausgesprochen. Der Vorschlag des *torture warrant* von *Dershowitz* wird in der Literatur auch fast einhellig abgelehnt. Somit dürfte davon ausgegangen werden können, dass die Rettungsfolter zurzeit in den USA nicht öffentlich-rechtlich erlaubt würde. Mangels klarer gerichtlicher Entscheidung und unmittelbarer Stellungnahme der Regierung zur Problematik der Rettungsfolter stellt dieses Ergebnis allerdings nur eine Spekulation dar. Für die Prüfung der Strafbarkeit des folternden Polizeibeamten ist daher erforderlich, weiter zu erörtern, ob die Rettungsfolter in der US-amerikanischen Rechtsordnung strafrechtlich zu rechtfertigen ist.

IV. Berufung der Hoheitsträger auf justifications

A. Zur Differenzierung zwischen justification und excuse

1. System der defenses

Im US-amerikanischen Strafrecht gibt es zahlreiche *defenses* bzw. Verteidigungsmöglichkeiten. Diese sind identifizierbare Bedingungen oder Umstände, die eine Verurteilung wegen einer *offense* möglicherweise verhindern können.²³² Darunter fallen beispielsweise *self-defense*, *defense of necessity*, *law enforcement*, *domestic authority*, *infancy*, *insanity*, *intoxication*, *duress* und *entrapment*.²³³ Liegt im Einzelfall eine der *defenses* vor, wird die Strafbarkeit der zu beurteilenden Handlung ausgeschlossen, obwohl alle Voraussetzungen der in Betracht kommenden *offense* schon erfüllt sind.

Nach einer von *Robinson*²³⁴ entwickelten und auch in der Literatur weitgehend akzeptierten Einordnung²³⁵ lassen sich die *defenses* im US-amerikanischen Strafrecht in fünf Kategorien einteilen. Neben den später etwas detaillierter darzustel-

²³² Vgl. *Robinson*, Defenses I, S. 70.

²³³ Ein Überblick findet sich z.B. bei *Dubber*, Einführung, S. 139–201.

²³⁴ Vgl. *Robinson*, 82 Colum. L. Rev. 199, 203–232 (1982); *ders.*, Defenses I, S. 70–119.

²³⁵ Vgl. *Dressler*, Criminal Law, S. 204 ff.; *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1897 (1984); *LaFave*, Criminal Law, S. 469 ff.; *Milhizer*, 78 St. John's L. Rev. 725, 803–820 (2004).

lenden zwei Kategorien, nämlich den *justifications* und *excuses*, sind noch *failure of proof defenses*, *offense modification defenses* und *non-exculpatory defenses* zu nennen.

Die *failure of proof defenses*²³⁶ stellen jedoch keine *defenses* im eigentlichen Sinn dar. Denn dabei versucht der Angeklagte oder dessen Verteidiger nur zu demonstrieren, dass es der Staatsanwaltschaft, die aus verfassungsrechtlichen Gründen die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer *offense* trägt, noch nicht gelungen ist, das Vorhandensein aller wesentlichen Merkmale des zu prüfenden Straftatbestands „über jeden vernünftigen Zweifel hinweg“ (*beyond a reasonable doubt*) nachzuweisen. Die *failure of proof defenses* zielen also nicht darauf ab, die durch Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen einer *offense* begründete Vermutung der Strafbarkeit zurückzuweisen, sondern darauf, das Vorliegen einer solchen *offense* an sich, wie etwa durch die Erhebung vernünftiger Zweifel zu negieren. Sie werden deshalb nur um des allgemeinen Sprachgebrauchs willen als *defenses* eingestuft.²³⁷

Die *offense modification defenses*, die in der Literatur auch *specialized defenses* genannt werden,²³⁸ finden hingegen Anwendung, wenn der Täter zwar die Tatbestandsmerkmale einer *offense* erfüllt, aber den (sozialen) Schaden oder das Übel, welches der Gesetzgeber durch die Statuierung dieser *offense* vermeiden will, nicht verursacht hat.²³⁹ Ein Beispiel dafür bildet die *defense of renunciation*²⁴⁰ bei Versuchsdelikten, welche sich auf den Gedanken stützt, dass eine Bestrafung des Täters, der seine Straftat freiwillig und endgültig aufgibt, nicht mehr dem Zweck der Kriminalisierung von Versuchshandlungen entspricht und deshalb nicht erforderlich ist.²⁴¹ Als weiteres Beispiel dafür lässt sich auch die *defense of consent*²⁴² nennen, solange durch den *consent* des Opfers nicht bereits eines der Merkmale der betreffenden *offense* negiert wird.²⁴³

²³⁶ Die Anerkennung solcher *defenses* ist wohl auf den englischen Strafrechtgelehrten *Stephen* zurückzuführen. Er hat bereits 1877 darauf hingewiesen, dass die Trunkenheit als eine *defense* nicht erst die Tat affirmativ entschuldigt, sondern bereits die für die Bejahung der in Betracht kommenden *offense* erforderlichen subjektiven Merkmale wie etwa die *intention* infrage stellt. Vgl. dazu *Stephen*, *Digest of Criminal Law*, S. 17.

²³⁷ Vgl. *Robinson*, *Defenses I*, S. 72: “Failure of proof defenses ‘are in essence no more than the negation of an element required by the definition of the offense. [...] The characterization of a given failure of proof as a defense rather than as a defect in proving the offense depends, for the most part, upon common language usage’.”

²³⁸ Vgl. *Dressler*, *Criminal Law*, S. 205.

²³⁹ Vgl. *Robinson*, 82 *Colum. L. Rev.* 199, 209 (1982).

²⁴⁰ Vgl. MPC § 5.01(4).

²⁴¹ Vgl. *Dressler*, *Criminal Law*, S. 205 f.

²⁴² Vgl. MPC § 2.11(1).

²⁴³ Vgl. *LaFave*, *Criminal Law*, S. 471. Ob *consent* als eine *justification* einzustufen ist, ist in den USA umstritten. Siehe dazu *Thorburn*, 117 *Yale L.J.* 1070, 1114 (2008) m.w.N.

Anders verhält es sich mit den *non-exculpatory defenses*, die sich weder auf die Rechtmäßigkeit der Handlung noch auf die mangelnde Schuldhaftigkeit oder Gefährlichkeit des Täters beziehen. Dabei wird der Täter nur deshalb straffrei, weil sich ein Verzicht auf die Bestrafung angesichts der außerhalb des materiellen Strafrechts liegenden öffentlich-politischen Faktoren als ein überwiegendes Interesse darstellt. Bei der Einschränkung der Strafbarkeit in diesen Fällen hat der Staat also andere, wichtigere öffentliche Interessen im Blick. Unter diese Kategorie fallen beispielsweise die diplomatische Immunität und die Verjährungsfrist (*statute of limitations*).²⁴⁴ Die *non-exculpatory defenses* und die *justification* sowie *excuse defenses* lassen sich auch zusammen als *general or affirmative defenses* bezeichnen. Denn sie sind – anders als die oben erwähnten zwei Kategorien – theoretisch im Prinzip bei jeder *offense* anwendbar und verneinen die Strafbarkeit trotz des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale und eines sozialen Schadens (*social harm*).²⁴⁵ Sie funktionieren mit anderen Worten unabhängig von der in der einzelnen *offense* zum Ausdruck kommenden Entscheidung zur Kriminalisierung.²⁴⁶

2. Justification and excuse

Viel komplizierter und umstrittener ist die Problematik hinsichtlich der Definition der *justification* sowie der *excuse* und insbesondere der Differenzierung zwischen den beiden.

a) Das traditionelle englische common law

Die Tradition des englischen *common law* hat das US-amerikanische Strafrecht weitreichend beeinflusst. Die ersten 13 und auch die meisten anderen Bundesstaaten haben das englische Recht in hohem Maße übernommen.²⁴⁷ Deswegen ist es sinnvoll, zuerst einen kurzen Blick auf die Behandlung der *justification* und *excuse* im frühen englischen *common law* zu werfen.

²⁴⁴ Vgl. *Robinson*, 82 Colum. L. Rev. 199, 299–332 (1982).

²⁴⁵ Vgl. *Milhizer*, 78 St. John's L. Rev. 725, 809 (2004). Dazu gibt es freilich einige Ausnahmen. In vielen Bundesstaaten der USA darf z.B. *duress* nicht als eine *defense* gegen absichtliche Tötung geltend gemacht werden, obwohl sie unbestritten als *general defense* einzustufen ist.

²⁴⁶ Vgl. dazu *Robinson*, Defenses I, S. 70: The general defenses “represent principles of exculpation or defense that operate independently of the criminalization decision reflected in the particular offense”.

²⁴⁷ Vgl. *Hall*, 4 Vand. L. Rev. 791, 797–805 (1951).

aa) Praktische Hinsicht

Im *common law* galt ursprünglich das Prinzip *buy off the spear or bear it*. Das Opfer konnte immer vom Täter Kompensationen für die von diesem begangene Körperverletzung verlangen, egal ob der Täter diesen Schaden schuldhaft verursacht hatte oder nicht. Verweigerte der Täter eine Wiedergutmachung, lag er mit dem Opfer in Fehde (*feud*) und durfte von diesem rechtmäßig²⁴⁸ sogar getötet werden. Allmählich wurde jedoch dieses Prinzip im 11. Jahrhundert gelockert, indem einige schwerwiegende Straftaten, wie z.B. Mord, der freien Wahl des Opfers zwischen Kompensation oder Fehde entzogen und vom Staat mit Todesstrafe und Einziehung des Vermögens (*forfeiture of property*) bestraft wurden. Diese sogenannten *botless*-Straftaten besaßen gewissermaßen die Eigenschaft verschuldensunabhängiger Haftung (*strict liability*), weshalb auch der Täter, der nur zufällig einen Schaden hervorgerufen hatte, nicht straffrei blieb.²⁴⁹ Die einzige Möglichkeit für den Täter zur Vermeidung einer Strafe lag darin, dass der König ihm verzieh (*pardon*).²⁵⁰ Insofern spielten die Gedanken der *justification* und *excuse* schon bei der Bestimmung der Strafbarkeit des Täters eine Rolle, denn sie bildeten zumindest teilweise die Ratio für das Pardon des Königs,²⁵¹ obwohl die beiden Begriffe als solche im Mittelalter noch nicht gebraucht wurden.²⁵²

Im Lauf der Zeit hat auch die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* in der Praxis an Gewicht gewonnen. Trotz der Unklarheit der Begriffe lässt sich doch ein gewisser Unterschied zwischen den beiden feststellen: Während eine Handlung, die *justified* ist, auch eine rechtmäßige Tötung, von Anfang an keine Strafe nach sich zieht, setzte sich ein Täter, der nur *excused* war, in vielen Fällen noch der Gefahr aus, dass er kein Pardon vom König bekam und schließlich bestraft wurde.²⁵³ So wurde z.B. der Täter, der bei Ausführung einer rechtmäßigen Handlung zufällig den Tod des Opfers verursachte (*per infortunium* oder *misadventure*), zwar *excused* und deshalb nicht mit Todesstrafe bestraft. Sein Vermögen wurde jedoch völlig oder mindestens zum Teil eingezogen, es sei denn, dass der König ihm verzieh. Eine *excuse* führte also zwar oft zu einer milderen Strafe, garantierte aber – anders als die *justification* – keine Strafflosigkeit. Andererseits musste ein Täter, wenn er nur *excused* war, die Bewährungszeit noch im Gefängnis verbringen, bevor das Pardon des Königs gewährt wurde. Bis zur Kommunikation bzw. Konsultation beim König dauerte es aber lange.²⁵⁴ Somit lässt sich berechtigt

²⁴⁸ Der Tötende musste nur Buße in der Kirche üben.

²⁴⁹ Vgl. Walker, Crime and Insanity I, S. 15 f.

²⁵⁰ Vgl. Plucknett, History of Common Law, S. 445: “[T]he prerogative of mercy was the only point at which our mediaeval (sic) criminal law was at all flexible.”

²⁵¹ Vgl. Milhizer, 78 St. John’s L. Rev. 725, 773–774 (2004).

²⁵² Vgl. Hurnard, King’s Pardon, S. 68.

²⁵³ Vgl. Baker, Oxford History VI, S. 559, 561 f.

²⁵⁴ Vgl. Walker, Crime and Insanity I, S. 195.

festhalten, dass die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* in diesem Zeitraum praktisch von großer Bedeutung war.²⁵⁵

Diese Situation hat sich aber in der Zeit danach wieder verändert. Denn auf der einen Seite nahm sich später das Gericht die Befugnis, in vielen Fällen auch die Täter, die nur *excused* waren, unmittelbar von einer (Todes-)Strafe zu befreien.²⁵⁶ So wurde bereits im Jahr 1505 ein Geisteskranker, der ein Kind tötete, vom Gericht freigesprochen, statt zuerst verurteilt zu werden und erst danach beim König um ein Pardon zu bitten.²⁵⁷ Im 18. Jahrhundert konnten die Richter die Todesstrafe gegen die Täter aus bestimmten entschuldigenden Gründen, wie etwa *infancy*, auf Deportation (*transportation*) oder Freiheitsstrafe reduzieren, sodass sie sozusagen tatsächlich eine delegierte Befugnis besaßen, Pardon zu gewähren. Diese Praxis wurde im 19. Jahrhundert sogar rechtlich erlaubt.²⁵⁸ Auf der anderen Seite war inzwischen die Gewährung eines Pardons vom König auch zur Routine geworden und erfolgte zunehmend nur der Form wegen (*pro forma*). Im 18. Jahrhundert zählten z.B. das Pardon des Königs und die Restitution des eingezogenen Vermögens selbst bei den Tötungen, die *excusable* waren, schon zur Selbstverständlichkeit, weshalb die Gerichte die Täter in solchen Fällen meistens einfach freisprachen.²⁵⁹ Dasselbe galt auch Anfang des 19. Jahrhunderts.²⁶⁰ Angesichts dieser Tatsachen müsste man davon ausgehen, dass zu dieser Zeit die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* zumindest aus praktischer Perspektive nicht mehr so bedeutsam war. Der Unterschied zwischen den beiden ließ sich jedoch damals noch nicht vollständig einebnen. Beispielsweise wurde ein Verbrecher (*felon*) selbst im 19. Jahrhundert oft nur bedingt *excused*: Er konnte z.B. mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls noch deportiert oder in einer psychiatrischen Anstalt untergebracht werden.

bb) In der Literatur

Unter dem Einfluss des römischen Rechts hat *Bracton* schon im 13. Jahrhundert darauf hingewiesen, dass ein Kind oder Geisteskranker (*madman*), der eine Straftat begeht, mangels *intention* oder angesichts seines elenden Schicksals freigesprochen

²⁵⁵ Vgl. *Dressler*, Criminal Law, S. 207.

²⁵⁶ Vgl. *Milhizer*, 78 St. John's L. Rev. 725, 774 (2004).

²⁵⁷ Vgl. *Walker*, Crime and Insanity I, S. 25 f., 195 f.

²⁵⁸ Vgl. ebenda, S. 197 f., 201. Dies setzte freilich voraus, dass das Gericht davon ausgehen durfte, dass dem betreffenden Täter hätte vom König verziehen werden können.

²⁵⁹ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 188. Im Jahr 1762 hat *Foster* sogar behauptet, dass in diesen Fällen das Pardon des Königs zu sehr missbraucht wurde und hier eine Forschung über die Vermögenseinziehung auch „a Matter rather of historical Amusement than of real Importance“ geworden war. Vgl. *Foster*, Crown Law, S. 284, 288.

²⁶⁰ Vgl. *Chitty*, Law of Prerogatives, S. 94.

werden solle.²⁶¹ Einige Jahrhunderte später hat *Coke* ebenfalls ausdrücklich anerkannt, dass ein Geisteskranker nicht zu bestrafen sei, denn er verhalte sich „without his mind or discretion“ und werde nur von seiner Krankheit gestraft (*punished*).²⁶² Nach seiner Meinung im Jahr 1644 sollte eine in rein privater *self-defense* vorgenommene Tötung zwar nicht als Verbrechen (*felony*) angesehen werden, sie führe aber dennoch zur Einziehung des Vermögens vom Verteidigenden (*forfeiture*). Ein Totschlag, der im konkreten Einzelfall als Förderung der Durchsetzung des Gesetzes oder Verhinderung schwerwiegender Straftat zu bewerten sei, werde jedoch gerechtfertigt und habe keine Vermögenseinziehung zur Folge. So sei es z.B. der Fall bei der Tötung eines Täters, der Mord oder Raub begeht.²⁶³

Ähnliche Ansichten vertrat anschließend auch *Hale*. Er ging davon aus, dass der Mensch deshalb einen passenden Normadressaten darstelle, weil er die Fähigkeit des Verstands und den freien Willen besitzt. Dem Mensch sei auch deswegen die Schuld und Strafe widerlich, die sich aus dem Verstoß gegen das Gesetz ergeben. Folglich solle die *infancy* im Prinzip zur Strafflosigkeit des Täters führen.²⁶⁴ Bei *Hale* wurde zwischen *preservation of the peace of kingdom* und *self-preservation* differenziert. Diese Differenzierung wirkte sich auch bei der Verhandlung der Tötungsdelikte aus: Eine Tötung, die dem ersteren Zweck diene, wie etwa der Festnahme eines fliehenden oder sich widersetzenen Verbrechers oder der Verhinderung eines Verbrechens, gewährleiste das öffentliche Interesse (*public benefit*), sei kein Verbrechen und werde daher absolut nicht bestraft, während eine Tötung aus der letzteren Absicht eine Vermögenseinziehung nach sich ziehe und der Verteidigende ggf. erst gegen Kautionsfreigabe gelassen werde.²⁶⁵

Im 18. Jahrhundert war die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* bei einigen englischen Strafrechtsgelehrten deutlicher geworden. So unterschied z.B. *Foster* bereits die gerechtfertigte (*justified*) Tötungshandlung von einer entschuldbaren (*excused*) Tötungshandlung sowie *justifiable* von *excusable self-defense* ausdrücklich. Seiner Ansicht nach waren die Tötungen *justified*, die Vollstreckungen der Todesstrafe darstellen oder zum öffentlichen Nutzen (*public utility*) erfolgen, wie etwa zur Verhinderung eines Verbrechens oder zur Festnahme eines Verbre-

²⁶¹ Vgl. *Bracton*, *Laws and Customs* II, S. 384.

²⁶² Vgl. *Coke*, *First Institutes*, Sect. 405, 247b.

²⁶³ Vgl. *Coke*, *Third Institutes*, S. 55 f.

²⁶⁴ Vgl. *Hale*, *Pleas of the Crown* I, S. 14 f., 20 ff. Eine allgemeine Regelung, nach der seelische Störung oder Dysfunktion des Willens prinzipiell zur Entschuldigung des Täters führt, lehnte er jedoch ab.

²⁶⁵ Vgl. ebenda, S. 52 f., 478 ff., 489. Freilich können sich die beiden Kategorien im Einzelfall überschneiden. Wehrt sich z.B. eine Privatperson gegen einen Verbrecher, indem sie diesen tötet, dann dient die Verteidigung zugleich auch der Verhinderung eines Verbrechens. In einem solchen Fall wird der Verteidigende in der Regel ebenfalls absolut freigesprochen. Anders ist es aber, wenn der Angriff nicht als Verbrechen zu qualifizieren ist. So wird das Vermögen des Angeklagten konfisziert, wenn er z.B. einen Täter, der nur *assault* begeht, in *self-defense* tötet. Vgl. dort S. 484 ff., 493 f.

chers.²⁶⁶ Eine z.B. aus Sport oder Amüsement zufällig resultierende Tötung werde hingegen nur *excused*.²⁶⁷ *Justifiable self-defense* sei eine solche, bei der der Verteidigende nicht auszuweichen verpflichtet ist. Sie gründe sich auf Naturrecht und dürfe weder vom Gesetz noch von der Gesellschaft verdrängt werden. Darunter fällt vor allem die Verteidigung gegen Verbrechen. Bei einer nur *excused self-defense* müsse hingegen der Verteidigende zuerst auszuweichen versuchen, bevor er zum Schutz eigenen Lebens den Angreifer tötet. Hier sei der Verteidigende zwar noch schuldig (*culpable*), jedoch angesichts des Wohlwollens des Gesetzes *excusable*.²⁶⁸

Besonders zu erwähnen sind auch die Ansichten von *Blackstone* aus derselben Zeit. Denn er gilt als von den Konstrukteuren des US-amerikanischen Rechts akzeptierte Autorität²⁶⁹ und bei der Auslegung des *common law* haben seine Kommentare zum englischen Recht bis heute noch nicht an Wert verloren. *Blackstone* war auch einer der ersten Strafrechtsgelehrten im *common law*, die sich um eine umfassende begriffliche Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* bemühten, obwohl die beiden Termini in seinem Werk noch nicht ganz widerspruchsfrei verwendet wurden.²⁷⁰ In Bezug auf *excuse* vertrat *Blackstone* die Auffassung, dass eine vollständige Straftat aus zwei Teilen, nämlich dem Willen und der Handlung bestehen müsse. Eine Strafbarkeit entfällt deshalb, wenn der Wille des Täters nicht mit seiner Handlung zusammenfällt. Dies ist der Fall, wenn ein Defekt des Verstands vorliegt oder die Fähigkeit des Verstands zur Zeit der Handlung nicht eingesetzt oder der Täter zur Begehung einer Tat gezwungen wird. Dementsprechend wird der Täter *excused* aufgrund von z.B. *infancy, idiocy, lunacy, misfortune* (passt bei Vornahme rechtmäßiger Handlungen), *mistake of fact* oder *duress*.²⁷¹ Hingegen nicht im Fall der *intoxication*.²⁷² Obwohl die *choice of lesser evil* durchaus *justifiable* sein und *excused* werden könne,²⁷³ sei ein Diebstahl wegen extremen Hungers jedoch nicht *excusable*.²⁷⁴

Eine ausdrückliche Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* findet sich auch bei *Blackstones* Kommentar zu Tötungsdelikten. Danach ist eine Tötung *justifiable*, die auf eine bestimmte unvermeidliche *necessity* zurückgeht und bei der der Täter weder Willen noch Intention oder Wunsch zur Tötung hat noch die Todes-

²⁶⁶ Vgl. *Foster*, Crown Law, S. 267 ff., 270 ff.

²⁶⁷ Vgl. ebenda, S. 259.

²⁶⁸ Vgl. ebenda, S. 273 ff.

²⁶⁹ Vgl. *Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 30 (1999).

²⁷⁰ Vgl. *Milhizer*, 78 St. John's L. Rev. 725, 786 (2004).

²⁷¹ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 20–30.

²⁷² Vgl. ebenda, S. 25 f.

²⁷³ Hier vermischt *Blackstone* wieder *justification* mit *excuse*.

²⁷⁴ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 30 ff.

folge fahrlässig herbeiführt, sodass ihm die Tat gar nicht vorwerfbar ist.²⁷⁵ Darunter fallen die rechtmäßigen Hinrichtungen und die Tötungshandlungen, die *public justice* fördern (wie etwa die Tötung eines sich bei der Festnahme widersetzenden Verbrechers), oder schwerwiegende gewaltsame Straftaten, die als solche mit Todesstrafe bedroht werden, verhindern. In diesen Fällen erfolgen die Tötungshandlungen entweder nach dem absoluten Befehl der Rechtsordnung oder sie sind zumindest von dieser erlaubt. Der Täter begeht daher gar keinen Fehler und ist freizusprechen oder sogar auszuzeichnen.²⁷⁶ Eine entschuldbare (*excusable*) Tötung werde hingegen gewissermaßen von Fehler, Irrtum oder Fahrlässigkeit geprägt, sei jedoch angesichts des niedrigen Schuldgehalts nicht als Verbrechen (*felony*), sondern nur mit Vermögenseinziehung (*forfeiture*) zu bestrafen. Unter diese Kategorie fallen neben den zufälligen Tötungen während der Vornahme rechtmäßiger Handlungen (*misadventure*) auch die Tötungshandlungen in *self-defense* zur Selbsterhaltung, wie etwa in dem Fall, in dem jemand, der sich verteidigt, den Täter tötet, der während eines plötzlich ausgebrochenen Streits *assault* gegen jenen begeht (*chance-medley*). Darunter zu subsumieren sei des Weiteren die Tötung eines Unschuldigen zur Rettung seines eigenen Lebens.²⁷⁷

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* bereits vor der Gründung der USA in der Tradition des *common law* existierte, obwohl diese Abgrenzungen bei den verschiedenen Strafrechtsgelehrten nicht übereinstimmten und sie auch nicht ganz mit den in der heutigen US-amerikanischen Literatur vertretenen Kriterien korrespondieren. Grob vereinfacht gesagt war im *common law* eine Handlung *justified*, wenn sie der Durchsetzung des Gesetzes oder Verhinderung eines Verbrechens und somit der Gewährleistung öffentlicher Interessen diene; *excused* wurde ein Täter, der sich nicht in einem gesunden mentalen Zustand befand oder dessen Willensfreiheit in bestimmtem Maße beeinträchtigt wurde. Während Erstere den Täter von jeglicher Strafe befreite, führte Letztere nicht unbedingt zur Straflosigkeit, sondern oft nur zu einer mildereren Bestrafung. Diese Differenzierung spielte vor allem bei der Verhandlung der Tötungsdelikte eine Rolle. Im Lauf der Zeit hat sie jedoch im Wesentlichen an praktischer Bedeutung verloren, sodass die Gerichte allmählich kaum noch Wert

²⁷⁵ Vgl. ebenda, S. 178: “Such as is owing to some unavoidable necessity, without any will, intention, or desire, and without any inadvertence or negligence, in the party killing, and therefore without any shadow of blame.” Diese Formulierung beinhaltet ersichtlich auch Faktoren (wie z.B. die Vorwerfbarkeit), die nach heutigem Verständnis erst bei der Prüfung einer *excuse* zu berücksichtigen sind.

²⁷⁶ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 178–182.

²⁷⁷ Vgl. ebenda, S. 182–186.

darauf legen.²⁷⁸ So wurden z.B. die beiden Begriffe in der Entscheidung zu dem berühmten „Mignonette-Fall“²⁷⁹ offensichtlich vermischt verwendet.²⁸⁰

b) Die traditionelle Ansicht in den USA

Die unsaubere Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* in der Rechtsprechung des *common law* wurde auch in das US-amerikanische Recht übernommen. Da im US-amerikanischen Strafrecht die Täter, deren Handlungen *justified* oder *excused* sind, prinzipiell²⁸¹ gleich behandelt werden, wurde *justification* auch in der US-amerikanischen Rechtsordnung lange Zeit nicht von *excuse* unterschieden.²⁸² Im Gegenteil: Die beiden Begriffe wurden häufig auswechselbar benutzt.²⁸³ Ende des 19. Jahrhunderts hat z.B. der Iowa Supreme Court ausdrücklich erklärt, dass die beiden Begriffe Synonyme seien.²⁸⁴ In den Entscheidungen im 20. Jahrhundert erfolgten bis in die 1980er Jahre ebenfalls kaum Differenzierungen zwischen *justification* und *excuse*.²⁸⁵ Noch im Jahr 1973 ging der U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit eindeutig davon aus, dass die beiden Begriffe austauschbar seien.²⁸⁶

In der Literatur galt nichts anderes. Vor den 1970er Jahren hat sich kaum ein Strafrechtgelehrter diesem Thema gewidmet. Mitte des 19. Jahrhunderts lässt sich z.B. bei *Bishop* keine klar differenzierte Verwendung der beiden Begriffe hinsichtlich *necessity* feststellen.²⁸⁷ Er lehnte auch *Blackstones* Differenzierung zwischen

²⁷⁸ Umso mehr galt dies im 19. Jahrhundert, als die Vermögenseinziehung (*forfeiture*) als eine Strafe im Jahr 1838 aufgehoben wurde.

²⁷⁹ Vgl. *Regina v. Dudley and Stephens*, 14 Q.B.D. 273 (1884).

²⁸⁰ In dieser Entscheidung gibt es einige Formulierungen, die unter dem Blickwinkel der Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* betrachtet kaum verständlich wären. Ein Satz dort (S. 286 f.) lautet z.B.: “[U]nless the killing can be justified by some well-recognized excuse admitted by the law. [...] [T]here was in this case no such excuse, unless the killing was justified by what has been called ‘necessity’.” Vgl. dazu auch *Enker*, 42 Tex. Tech L. Rev. 273, 292 (2009); *Milhizer*, 78 St. John’s L. Rev. 725, 794–795 (2004).

²⁸¹ Die einzige mögliche Ausnahme besteht darin, dass der Täter, der wegen *insanity* nicht bestraft wird, noch in einer psychiatrischen Anstalt untergebracht werden kann.

²⁸² Vgl. *Robinson*, 23 UCLA L. Rev. 266, 276 (1975) m.w.N.

²⁸³ Vgl. *Dressler*, 32 UCLA L. Rev. 61, 65–66 (1984); *ders.*, Criminal Law, S. 207.

²⁸⁴ Vgl. *State v. Row*, 81 Iowa 138, 149 (1890): “There is no force in the claim of prejudice from the use of the word ‘justifiable’ instead of ‘excusable’. The words are synonyms, but, perhaps, not always of like meaning. There is, however, no practical distinction in the use of the words in this connection.”

²⁸⁵ Vgl. *Dressler*, 33 Wayne L. Rev. 1155, 1158 n. 12 (1987); *Robinson*, 23 UCLA L. Rev. 266, 276 (1975).

²⁸⁶ Vgl. *United States v. Peterson*, 483 F.2d 1222, 1128–1129 n. 35 (D.C. Cir. 1973): “More usually the terms are used interchangeably, each denoting a legally non-punishable act, entitling the accused to an acquittal”.

²⁸⁷ Vgl. *Bishop*, Commentaries I, § 271 (S. 310 f.).

Tötungen ab, die *justifiable* oder *excusable* waren.²⁸⁸ Ende des 19. Jahrhunderts las man z.B. bei *Wharton, self-defense* entschuldige (*excuses*) die Abwehr gegen Unrecht; *necessity* rechtfertige (*justifies*) den Eingriff in ein Recht.²⁸⁹ In der gleichen Zeit lehrte *Emlin McClain*, dass das Recht zum Selbstschutz zur *excuse* der Anwendung von Gewalt führe, die zur Abwehr einer rechtswidrigen (*wrongful*) Handlung vorgenommen wird.²⁹⁰ Anfang des 20. Jahrhunderts diskutierten *Brill*,²⁹¹ *Sears* und *Weihofen*²⁹² *excuses* unter dem Titel *justification*. Damals behauptete *Miller*, dass zwischen *justification* und *excuse* kein Unterschied bestehe.²⁹³ Im Jahr 1961 fand sich noch die Ansicht in der Literatur, dass *justification* und *excuse* als Synonyme verwendet würden und eine Differenzierung zwischen den beiden nur für Rechtswissenschaftler wichtig sei.²⁹⁴ Selbst in den 1980er Jahren wurde diese Differenzierung noch von vielen Autoren ignoriert.²⁹⁵

c) Die heute herrschende Meinung in den USA

Spätestens in den 1950er Jahren hat der englische Philosoph *J.L. Austin* wieder Aufmerksamkeit auf den Begriff *excuse* gerichtet. Seiner Meinung nach kann man sich auf zwei Wegen gegen einen Vorwurf verteidigen. Man kann entweder seine Handlung rechtfertigen (*justify*), indem man argumentiert, dass man durch diese Handlung etwas Gutes, Vernünftiges oder Erlaubtes getan hat. Oder man bestreitet nicht, dass etwas Schlechtes passiert ist, behauptet aber, dass es *excusable* ist: Denn man hat dergleichen z.B. nur unter dem Einfluss eines anderen gemacht oder das Ereignis wurde teilweise zufällig verursacht oder man wollte eigentlich etwas ganz anderes tun und brachte unbeabsichtigt das Schlechte hervor. Bei der ersten Verteidigung akzeptiert man die Verantwortung, verneint jedoch, dass das Ding schlecht ist. Bei der zweiten Verteidigung gibt man zwar zu, dass es schlecht ist, akzeptiert aber keine Verantwortung.²⁹⁶ Seiner Ansicht schloss sich später der berühmte englische Rechtsphilosoph *H.L.A. Hart* an. *Hart* ging damals zwar davon aus, dass die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* hinsichtlich der Tötungsdelikte rechtlich an Gewicht verloren hätte. Er betonte aber, dass sie noch von großer moralischer Bedeutung sei: Im Fall der *justification* werde etwas getan, welches das Gesetz nicht missbillige, oder sogar begrüße; im Fall der *excuse* werde hingegen

²⁸⁸ Vgl. *Bishop*, Commentaries II, § 590 ff. (S. 414 ff.).

²⁸⁹ Vgl. *Wharton*, Philosophy of Criminal Law, § 97 (S. 133 f.): “[W]hile self-defence excuses the repulse of a wrong, necessity justifies the invasion of a right.”

²⁹⁰ Vgl. *E. McClain*, Criminal Law I, § 138 (S. 109 f.).

²⁹¹ Vgl. *Brill*, Cyclopedia, § 166 f. (S. 306 ff.) in Bezug auf *duress*.

²⁹² Vgl. *Sears/Weihofen*, Law of Crimes, § 55 (S. 64).

²⁹³ Vgl. *Miller*, Handbook, S. 199.

²⁹⁴ Vgl. *Durand*, 28 Tenn. L. Rev. 265, 266 (1961).

²⁹⁵ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 955–957 (1985).

²⁹⁶ Vgl. *Austin*, in: Corrado (ed.), Justification, S. 4.

etwas Beklagenswertes getan, nur schließe der psychologische Zustand des Täters einen öffentlichen Tadel oder eine persönliche Strafbarkeit aus.²⁹⁷

Diese Gedanken haben auch die US-amerikanischen Strafrechtsgelehrten inspiriert. Seit den 1970er Jahren lässt sich im US-amerikanischen Strafrecht schon eine deutliche Tendenz zur Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* beobachten. Dazu wird zu Recht von einer „Wiedergeburt“ des Interesses an den beiden Begriffen gesprochen.²⁹⁸ Diese Entwicklung ist besonders *Fletcher* und *Robinson* zu verdanken. Ihre bahnbrechenden Beiträge haben eine verbreitete und lebhafte Diskussion über die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* in den USA ausgelöst, sodass sie sogar seit Jahrzehnten als eines der beliebten Themen unter den US-amerikanischen Strafrechtsgelehrten gilt.²⁹⁹ Insbesondere *Fletcher* hat diese Problematik immer wieder und an verschiedenen Stellen diskutiert³⁰⁰ und wird deshalb am häufigsten für diese dogmatische Wende ausgezeichnet.³⁰¹ Trotz Meinungsverschiedenheiten in vielerlei Hinsicht herrscht heutzutage in den USA im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass *justification* und *excuse* begrifflich ungleich sind³⁰² und auch in vielerlei praktischer Hinsicht unterschiedliche Folgen haben.

aa) Moralische Richtigkeit vs. Unvorwerfbarkeit

In den USA wird das Strafrecht häufig ohne Weiteres als praktizierte Moralphilosophie begriffen, ohne zwischen Rechtsnormen und moralischen Verhaltensanforderungen zu differenzieren.³⁰³ Nach der h.M. besteht daher der zentrale und grundlegende Unterschied³⁰⁴ zwischen *justification* und *excuse* darin, dass eine Handlung, die *justified* ist, ein moralisch richtiges Verhalten darstellt, welches unterstützt oder mindestens toleriert wird.³⁰⁵ Sie verursacht zwar auch einen bestimm-

²⁹⁷ Vgl. *Hart*, Punishment, S. 13 f., 239.

²⁹⁸ Vgl. *Dressler*, 33 Wayne L. Rev. 1155, 1157 (1987).

²⁹⁹ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 3 (2003).

³⁰⁰ Vgl. nur z.B. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949 (1985); *ders.*, Basic Concepts, S. 85 ff.; *ders.*, Rethinking, S. 759 ff.; *ders.*, 3 Crim. Just. Ethics 17 (Summer 1984); *ders.*, 13 Ca. L. Rev. 1371 (1979); *ders.*, 19 Rutgers L.J. 649 (1988).

³⁰¹ Vgl. *Dressler*, 32 UCLA L. Rev. 61, 63 (1984); *Duff*, 39 Tulsa L. Rev. 829, 829 (2004); *Eser*, 24 Am. J. Comp. L. 621 (1976); *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1898 (1984).

³⁰² Diese These wird auch zunehmend von der Rechtsprechung akzeptiert. Vgl. z.B. nur *State v. Leidholm*, 334 N.W.2d 811, 814 (N.D. 1983): “[A] general explanation of the difference between the two concepts [...] is warranted.” *State v. Edwards*, 717 N.W.2d 405, 413 n. 4 (Minn. 2006): “[T]hey are distinct legal concepts.”

³⁰³ Vgl. *Hörnle*, Strafrecht, S. 30.

³⁰⁴ Vgl. die Bewertung von *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1903 (1984); *ders.*, 17 Crim. Just. Ethics 14, 16 (Winter/Spring 1998).

³⁰⁵ Vgl. *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129, 1133 (6th Cir. 1993): “‘Justification’ pertains to the category of action that is exactly the action that society thinks the actor should have taken, under the circumstances; ‘excuse,’ on the other hand, denotes a more

ten Schaden, welcher eigentlich zu vermeiden ist,³⁰⁶ und deshalb wäre sie andernfalls strafbar. Sie wird jedoch unter besonderen Umständen von der Gesellschaft akzeptiert und verdient keine Strafe oder nicht einmal Tadel.³⁰⁷ Eine *excuse* bedeutet hingegen nur, dass der Täter nicht strafrechtlich schuldhaft handelt, obwohl seine Handlung falsch (*wrong*) und unerwünscht ist,³⁰⁸ denn einige Besonderheiten des Täters verwehren es der Gesellschaft, ihn zu bestrafen.³⁰⁹ Der Anspruch auf *justification* trifft die Richtigkeit oder zumindest die rechtliche Zulässigkeit einer Handlung, die nur nominell gegen das Gesetz verstößt; *excuses* verändern nicht die Unerwünschtheit der Handlung, sie zeigen nur, dass dem Täter wegen der falschen Handlung kein Vorwurf zu machen ist.³¹⁰ *Justification* beantwortet also eine andere moralische Frage als *excuse*.³¹¹ Ist die Handlung des Täters moralisch richtig,³¹² stellt sie die moralisch perfekte Alternative dar³¹³ oder erzeugt einen moralisch bevorzugten Zustand der Sachen,³¹⁴ dann wird sie gerechtfertigt (*justified*). Kurzum: Handlungen, die *justifiable* sind, sind die richtigen,³¹⁵ genehmigten (*warranted*),³¹⁶ die in einer bestimmten Situation keinesfalls bedauerlich³¹⁷ oder zumindest nicht falsch sind,³¹⁸ während eine *excuse* nur auf die Unvorwerfbarkeit oder Nichtstrafbarkeit des Täters trotz seiner falschen Handlung hindeutet.³¹⁹

bb) Verhaltensregel vs. Entscheidungsregel

Da eine Handlung, die *justifiable* ist, als solche richtig und erwünscht sein soll, wird auch aus normativer Perspektive die Ansicht vertreten, dass sie entgegen dem ersten Eindruck keine (Verbots-)Norm bricht. Im Gegenteil: *justifications* bilden ausnahmsweise Umgestaltungen der *prima facie*-Bestimmungen vom Unrecht

grudging acceptance of an action, where society wishes the actor had not done what he did, but will not hold him blameworthy.”

³⁰⁶ Vgl. *Robinson*, Defenses I, S. 83.

³⁰⁷ Vgl. *Heberling*, 75 Colum. L. Rev. 914, 916 (1975).

³⁰⁸ Vgl. *Baron*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 387, 389–390, 395 (2005).

³⁰⁹ Vgl. *Robinson*, 82 Colum. L. Rev. 199, 229 (1982).

³¹⁰ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 954 (1985).

³¹¹ Vgl. *Moore*, Placing Blame, S. 483.

³¹² Vgl. *Lau. Alexander*, 33 Wayne L. Rev. 1177, 1177 (1987).

³¹³ Vgl. *Burke*, 81 N.C. L. Rev. 211, 242–243 (2002).

³¹⁴ Vgl. *Kahan/Nussbaum*, 96 Colum. L. Rev. 269, 318–319 (1996).

³¹⁵ Vgl. *Hurd*, 74 Notre Dame L. Rev. 1551, 1558 (1999).

³¹⁶ Vgl. *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1903 (1984). Siehe dazu auch *ders.*, 49 Law & Contemp. Probs. 89, 91 (Summer 1986).

³¹⁷ Vgl. *Westen/Mangiafico*, 6 Buff. Crim. L. Rev. 833, 866 (2003).

³¹⁸ Vgl. *Dressler*, 32 UCLA L. Rev. 61, 66 (1984); *Richards*, 57 U. Pitt. L. Rev. 461, 462 (1996).

³¹⁹ Vgl. MPC Komm., Art. 3 Introduction, S. 3.

(*wrongdoing*),³²⁰ sie gelten nicht nur als *ex post* vorzunehmende Evaluation oder Bewertung, sondern auch als *ex ante* bestimmte Handlungsanleitung. *Excuses* dienen hingegen nur dazu, die normative Verantwortlichkeit des Täters *ex post* auszuschließen.³²¹ Aufgrund der auf *Bentham*³²² zurückzuführenden, auch von *H.L.A. Hart*³²³ übernommenen und schließlich von *Dan-Cohen*³²⁴ ausgearbeiteten Differenzierung zwischen Verhaltensregeln (*conduct rules*), die sich an die Öffentlichkeit bzw. Allgemeinheit richten, und Entscheidungsregeln (*decision rules*), die für die Rechtsanwender bzw. die Richter maßgeblich sind,³²⁵ werden die *justification defenses* als Verhaltensregeln oder mindestens Modifikationen der Verhaltensregeln³²⁶ qualifiziert.³²⁷ Denn sie stellen rechtliche Erlaubnisse dar und sollen von der Öffentlichkeit verstanden werden. *Excuses*, die nur die Richter anweisen, dem sich nicht richtig verhaltenden Täter keine Strafe aufzuerlegen, bleiben jedoch Entscheidungsregeln.³²⁸

cc) Verallgemeinerungsfähigkeit vs. Persönlichkeit

Eine richtige und der Verhaltensregel entsprechende Handlung soll von jedem unter denselben oder ähnlichen Umständen vorgenommen werden dürfen. Deswegen wird auch nicht selten davon ausgegangen, dass sich *justifications* aus der Angemessenheit und der Eigenschaft der Handlung ergeben und daher verallgemeinerungsfähig sind, während *excuses* aus einer persönlichen Eigenschaft des Täters folgen und nur im Einzelfall bei dem Täter in einem bestimmten Zustand Anwendung finden können.³²⁹ Bei der Prüfung, ob eine Handlung gerechtfertigt (*justified*) werden soll, kommt es auf die Handlung als solche bzw. auf die allgemeine Richtigkeit und Angemessenheit der Handlung auf einer abstrakten Ebene an, nicht aber auf den Täter; bei den *excuses* wird allerdings der Täter in einer konkreten Situa-

³²⁰ Vgl. *Byrd*, 33 Wayne L. Rev. 1289, 1299, 1341 (1987).

³²¹ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 18–19 (2003).

³²² Vgl. *Bentham*, Introduction II, S. 268: “A law confining itself to the creation of an offence, and a law commanding a punishment to be administered in case of the commission of such an offence, are two distinct laws: not parts [...] of one and the same law.”

³²³ Vgl. *Hart*, Concept of Law, S. 39. Dabei argumentiert er, dass Geldstrafe anders als Steuer ist, denn die Erstere stellt eine Folge aus dem Verstoß gegen eine Verhaltensregel dar, die Letztere hingegen nicht.

³²⁴ Vgl. *Dan-Cohen*, 97 Harv. L. Rev. 625, 626–636 (1984).

³²⁵ Vgl. zu dieser Differenzierung auch *Eser*, FS-Lenckner, S. 36 ff.

³²⁶ Vgl. *Colvin*, 10 Oxford J. Leg. Stud. 381, 385 (1990).

³²⁷ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 976 (1985). Anders jedoch *ders.*, in: Shute et al. (eds.), Action and Value, S. 180.

³²⁸ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 32–33 (2003); *Enker*, 42 Tex. Tech L. Rev. 273, 276–277 (2009).

³²⁹ Vgl. *Husak*, 80 J. Crim. L. & Criminology 491, 496 (1989).

tion fokussiert:³³⁰ Die Handlungen werden gerechtfertigt (*justified*); die Täter sind *excused*.³³¹ *Justifications* werden somit als objektiv und allgemein angesehen, *excuses* hingegen als subjektiv und individuell.³³²

dd) Bewertung der Handlung eines Dritten

Justification wirkt sich auch bei der strafrechtlichen Bewertung der Handlung eines Dritten anders als *excuse* aus.³³³ Da eine gerechtfertigte (*justified*) Handlung richtig ist, soll sie in der Kollisionslage siegen. Niemand darf sich deshalb gegen eine gerechtfertigte Handlung wehren; ein Dritter kann dem Täter, dessen Verhalten gerechtfertigt ist, helfen, dazu wird er sogar ermutigt.³³⁴ Ein Angriff, der nur entschuldigt (*excused*) ist, darf hingegen rechtmäßig abgewehrt oder verhindert werden.³³⁵ Eine gerechtfertigte Handlung lässt sich also unterstützen, aber nicht verhindern; eine entschuldigte Handlung lässt sich hingegen verhindern, aber nicht unterstützen. Dieser Unterschied spielt vor allem bei der Feststellung der Strafbarkeit der Teilnehmer eine wichtige Rolle.³³⁶ Während ein „Teilnehmer“ an einer gerechtfertigten und rechtmäßigen Handlung auch kein Unrecht begeht und von Strafe befreit wird,³³⁷ könnte ein Teilnehmer an einer entschuldigten und falschen Handlung durchaus bestraft werden.³³⁸

ee) Im Strafprozessrecht

Schließlich soll die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* auch im Strafprozess und auch im Bereich der Rechtspolitik von Bedeutung sein. So wird die Ansicht vertreten, dass der Staatsanwalt die Beweislast zur Verneinung der *justification defenses* tragen soll. Er muss also im Einzelfall das Vorliegen einer *justification* über jeden vernünftigen Zweifel hinweg widerlegen. Denn eine gerechtfertigte (*justified*) Handlung ist rechtmäßig, und niemand soll bestraft werden, wenn

³³⁰ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 955 (1985).

³³¹ Vgl. *Robinson*, *Defenses I*, S. 100 f.: “In determining whether conduct is justified, the focus is on the act, not the actor. [...] The focus in excuses is on the actor. Acts are justified; actors are excused.” Vgl. so auch *Milhizer*, 78 St. John’s L. Rev. 725, 812, 816 (2004); *Cohan*, 10 Chap. L. Rev. 119, 122 n. 7 (2006).

³³² Vgl. *Fletcher*, 3 *Crim. Just. Ethics* 17, 17 (Summer 1984).

³³³ Vgl. *Ohlin*, 51 *Harv. Int’l L.J.* 193, 239–244 (2010). Er betrachtet dies sogar als das wesentliche Kriterium für die Einstufung einer *defense* als *justification* oder *excuse* (vgl. dort S. 244).

³³⁴ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 954 (1985).

³³⁵ Vgl. *Robinson*, 82 *Colum. L. Rev.* 199, 274–275 (1982).

³³⁶ Vgl. *Dressler*, 33 *Wayne L. Rev.* 1155, 1173 (1987).

³³⁷ So z.B. in der Rechtsprechung: *United States v. Lopez*, 662 F. Supp. 1083, 1086 (N.D. Cal. 1987); *State v. Montanez*, 894 A.2d 928, 943–944 (Conn. 2006).

³³⁸ Vgl. *Taylor v. Commonwealth*, 521 S.E.2d 293, 297 (Va. App. 1999).

ein ernsthafter Zweifel besteht, dass er eine rechtswidrige Handlung begangen hat.³³⁹ Bei den *excuses* ist es hingegen anders. Da hier bereits eine rechtswidrige Handlung vorliegt, muss der Angeklagte bzw. dessen Verteidiger die Existenz zumindest eines der entschuldigenden (*excusing*) Umstände zur Zeit der Tat beweisen.³⁴⁰ Des Weiteren können die zu beweisenden Tatsachen im Strafprozess auch von der Frage abhängen, ob die betreffende *defense* als *justification* oder *excuse* einzustufen ist.³⁴¹

ff) Andere Konsequenzen

Da gerechtfertigte (*justified*) Handlungen als richtige Handlungen anzusehen sind, werden durch die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* – nämlich durch die Einstufung jeder *defense* in eine der beiden Kategorien – nicht nur im Gesetz, sondern selbst in Einzelentscheidungen zur Strafflosigkeit eindeutige moralische Botschaften gesendet, welche Handlungsalternative richtig ist.³⁴² Insofern bildet diese Differenzierung einen wichtigen moralischen Kompass für die Bürger³⁴³ und dient auch deren Bildung, sodass sie wissen können, wie sie sich in einer bestimmten Situation richtig verhalten.³⁴⁴ Weil sich die *excuses* immer auf falsche oder unrichtige Handlungen beziehen, wird der Prüfung der *justification* auch logischer bzw. natürlicher Vorrang eingeräumt.³⁴⁵ Denn nur wenn die infrage kommende Handlung nicht gerechtfertigt und daher falsch ist, braucht man erst eine *excuse*.

³³⁹ Vgl. *Dressler*, 33 Wayne L. Rev. 1155, 1172 (1987); *ders.*, Criminal Law, S. 221.

³⁴⁰ Vgl. *Heberling*, 75 Colum. L. Rev. 914, 917 n. 9 (1975).

³⁴¹ Vgl. *Dressler*, 33 Wayne L. Rev. 1155, 1173–1174 (1987). Dabei hat er den Fall der Flucht aus einem Gefängnis mit unerträglichen Zuständen (*intolerable prison condition defense*) als Beispiel genannt. Sieht man diese *defense* als *justification* im Sinne von *necessity*, dann müssen alle Faktoren der Interessenabwägung, wie etwa die Gefährlichkeit des Entflohenen, berücksichtigt werden. Stuft man hingegen diese *defense* als *excuse* i.S.v. *duress* ein, ist zu fragen, ob eine Person mit stabilem Charakter (*reasonable firmness*) die Bedingungen des Gefängnisses aushalten kann.

³⁴² Vgl. *Fontaine*, 47 Am. Crim. L. Rev. 57, 63 (2010); *Coughlin*, 82 Cal. L. Rev. 1, 54 (1994); *Robinson*, Defenses I, S. 124 ff.; *Schopp/Sturgis/Sullivan*, 1994 U. Ill. L. Rev. 45, 111–112 (1994).

³⁴³ Vgl. *Dressler*, 33 Wayne L. Rev. 1155, 1169–1171 (1987); *ders.*, Criminal Law, S. 218 f.

³⁴⁴ Vgl. *Robinson*, Structure and Function, S. 118 f., 204; *Enker*, 42 Tex. Tech L. Rev. 273, 277 (2009).

³⁴⁵ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 958 (1985); *Robinson*, Defenses I, S. 105. Siehe auch *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1899 (1984); seiner Meinung nach ist diese Vorrangigkeit jedoch nicht absolut (vgl. dort n. 6).

d) Probleme und Streit

So eindeutig und plausibel die oben dargestellte Differenzierung erscheint, so umstritten ist sie im Einzelnen. Es wird in den USA immer wieder bezweifelt, ob eine systematische, in sich stimmige Abgrenzung zwischen *justification* und *excuse* im US-amerikanischen Strafrecht überhaupt möglich oder sinnvoll ist.

aa) Die moralische Sicht

Der Hauptthese der h.M., dass gerechtfertigte Handlungen moralisch richtige Handlungen darstellen, wird in der Literatur häufig entgegengehalten, dass in der modernen Gesellschaft mit verschiedenen Weltanschauungen und Wertvorstellungen keine einheitliche moralische Bewertung herrscht. Es mag Situationen geben, in denen die Handlungen des Täters ganz klar als moralisch richtig oder falsch beurteilt werden dürften. Meistens ist dies jedoch nicht der Fall. Die Gesellschaftsmitglieder könnten sich z.B. nicht darüber einig sein, ob ein Täter, der unter bestimmten Umständen zwar „natürlich“ oder normal, aber moralisch nicht perfekt handelt, auch eine *justification* verdienen soll.³⁴⁶ In der Tat verstehen die US-amerikanischen Strafgelehrten Unterschiedliches unter „richtig“³⁴⁷ und streiten sehr heftig darüber, wonach die Richtigkeit einer Handlung zu bestimmen ist. Dieser Dissens lässt sich insbesondere durch die Behandlung der Fälle putativer und unwissender *justification* demonstrieren.³⁴⁸

Nach der vor allem von *Robinson* befürworteten objektiven Theorie bzw. *the deeds theory*³⁴⁹ ist die moralische Entscheidung im Einzelfall ausschließlich aufgrund der objektiven Realität zu treffen. Danach ist eine Handlung nur dann richtig, wenn sie objektiv betrachtet tatsächlich zu größerem Gesamtnutzen oder weniger Gesamtschaden führt.³⁵⁰ Die subjektive Vorstellung des Täters komme hingegen

³⁴⁶ Vgl. *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1904–1905 (1984).

³⁴⁷ „Richtig“ kann beispielsweise sowohl im weiteren Sinne als „nicht falsch“ oder „lediglich erlaubt“, als auch im engeren Sinne als „obligatorisch“, „moralisch am besten“ oder „moralisch empfohlen“ verstanden. Darüber hinaus bedeutet „richtig“ im materiellen Sinne, dass eine Handlung nach einer bestimmten Moralphilosophie (wie etwa Konsequentialismus) zum positiven Ergebnis (wie etwa Maximierung des Gesamtnutzens) führt. „Richtig“ im formalen Sinne zeigt hingegen nur, dass der Täter zur Zeit der Tat aufgrund der ihm damals verfügbaren Informationen eine richtige Entscheidung getroffen hat. Vgl. dazu *Baron*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 387, 395–398 (2005).

³⁴⁸ Eine kurze Übersicht findet sich bei *Ferzan*, in: Deigh/Dolinko (eds.), *Handbook*, S. 243 ff.

³⁴⁹ Vgl. *Robinson*, in: Simester/Smith (eds.), *Harm and Culpability*, S. 47 ff.

³⁵⁰ Vgl. *Milhizer*, 78 St. John's L. Rev. 725, 866 (2004). Eine andere Variante der objektiven Theorie vertritt *Moore*, *Act and Crime*, S. 177 ff. Danach werde nur eine objektiv moralisch falsche Handlung vom Strafrecht verboten und die Abwesenheit der *justifying* Umstände sei auch ein integraler, gewöhnlicher Teil der unmoralischen Handlung.

nicht in Betracht.³⁵¹ Somit wird der Täter, der das Vorliegen der rechtfertigenden (*justifying*) Umstände vernünftig, aber irrtümlich glaubt, lediglich entschuldigt (*excused*),³⁵² während sich der Täter, dessen Handlung die objektiven Bedingungen einer *justification* zwar erfüllt, der aber ohne Kenntnis davon handelt, trotz mangelnder subjektiver Elemente auf diese *justification defense* berufen darf.³⁵³ Dahingegen rückt die subjektive Theorie bzw. *the reasons theory*, die nicht nur vom MPC,³⁵⁴ sondern auch von den meisten Gesetzgebern der Bundesstaaten in den USA übernommen wird,³⁵⁵ den vernünftigen Glauben des Täters in den Mittelpunkt.³⁵⁶ Danach ist die Handlung des Täters ungeachtet der tatsächlich fehlenden Voraussetzungen einer *justification* als richtig zu bewerten, solange er vernünftigerweise von deren Vorliegen ausgeht.³⁵⁷ Nimmt der Täter aber irrtümlich an, dass die rechtfertigenden Umstände nicht vorhanden sind, kommt ihm keine *justification* zugute.³⁵⁸ Noch anders ist die hauptsächlich von *Fletcher*³⁵⁹ vertretene duale Theorie, die für eine *justification* nicht nur die Erfüllung aller objektiven Voraussetzungen, sondern auch den vernünftigen Glauben des Täters verlangt.³⁶⁰

³⁵¹ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 7: “[J]ustification principles [...] are stated in a purely objective form, without any mention of the actor’s subjective mental state.” Siehe dort, S. 27: “[N]o subjective mental elements should play a part in the formulation of justification defenses.” Vgl. weiter *Hurd*, 74 Notre Dame L. Rev. 1551, 1572 (1999): “If the law is to guide action in accordance with our best moral theory, it should grant justifications to those who do right actions (whatever their reasons).” Siehe dort, S. 1571: “[T]he law ought never to incorporate subjective epistemic elements into justification doctrines.” Vgl. auch *Schopp*, 24 Pac. L.J. 1233, 1275–1276 (1993): “[J]ustification defenses should not require internal justification based on justificatory knowledge.”

³⁵² Vgl. *Robinson/Darley*, 76 N.C. L. Rev. 1095, 1101–1104 (1998).

³⁵³ Vgl. *Robinson*, 23 UCLA L. Rev. 266, 288–291 (1975). Daher solle der Dieb, der mit Zueignungsabsicht einen fremden Rucksack stiehlt, ohne zu wissen, dass darin eine Bombe ist, und somit einen Terroranschlag zufällig verhindert, auch gerechtfertigt (*justified*) werden. Siehe *Robinson*, 8 Crim. L. Forum 387 (1997). Seiner Meinung nach könnten die Täter in solchen Fällen jedoch noch wegen rechtlich untauglichen Versuchs bestraft werden. Vgl. so im Ergebnis z.B. auch *Hurd*, 74 Notre Dame L. Rev. 1551, 1572 (1999); *Lar. Alexander*, 24 L. & Phil. 611, 626–634 (2005).

³⁵⁴ Vgl. nur MPC §§ 3.02(1), 3.04(1), 3.05(1)(c), 3.06(1), 3.07(1), 3.09(1) und (2). Siehe auch MPC Komm., Art. 3 Introduction, S. 3. Weiter zur Kritik an *Robinsons* Meinung, dass nach dem MPC nur die objektiven Umstände entscheidend seien, vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 43 n. 84 (2003).

³⁵⁵ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 399 ff. m.w.N.

³⁵⁶ Vgl. *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1903 (1984): “[T]o be justified is to have sound, good reasons for what one does or believes.”

³⁵⁷ Vgl. *Baron*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 387, 403 (2005).

³⁵⁸ Vgl. *Dillof*, 77 Notre Dame L. Rev. 1547, 1555 (2002); *Christopher*, 15 Oxford J. Legal Stud. 229, 251 (1995).

³⁵⁹ Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 972 (1985); *ders.*, Rethinking, S. 576; *ders.*, 13 Ca. L. Rev. 1371, 1384–1385 (1979); *ders.*, 19 Rutgers L.J. 649, 663 (1988).

³⁶⁰ Vgl. so im Ergebnis auch *Gardner*, in: Simester/Smith (eds.), Harm and Culpability, S. 107. Seiner Meinung nach sind *justifications* „*cancelling permissions*“, welche die Be-

Dementsprechend könne der Täter weder im putativen noch im unwissenden Fall von einer *justification* profitieren. Eine ähnliche Ansicht vertritt auch *Ferzan*.³⁶¹

Neben diesen drei Hauptlagern existieren noch vereinzelte abweichende Ansichten. So plädiert beispielsweise *Duff* sogar für die Ersetzung des Terminus *justification* durch die Begriffe *right* und *warranted*. Denn die Einstufung nach *justification* und *excuse* sei zu beschränkt; nur mit drei Kategorien, also *right*, *warranted* und *excused*, ließen sich die Fälle hinsichtlich des falschen Glaubens gut einsortieren.³⁶² Insofern gehen die Meinungen in den USA so stark auseinander, dass heutzutage von einer Einigkeit bei Weitem nicht die Rede ist.

Des Weiteren wird infrage gestellt, ob die Gesetzgeber bei der Konstruierung von *justification defenses* bis in Einzelheiten hinein moralischen Intuitionen folgen bzw. ob sich jede Voraussetzung einer *justification* durch moralische Richtigkeit erklären lässt. So ist z.B. die Rückzugsregel bei *self-defense* angesichts des kaum vermeidbaren Dissenses unter den Mitgliedern der Legislative, ob und inwiefern ein Rückzug moralisch wünschenswert ist, wohl nur schwerlich durch moralische Richtigkeit erklärbar.³⁶³ Übt nämlich ein Täter zu Hause tödliche Gewalt in *self-defense* gegen einen körperlich behinderten Angreifer, der ihn schwer zu verletzen oder zu töten versucht, obwohl er genau weiß, dass er die Notwendigkeit für den Einsatz dieser Gewalt ohne Schwierigkeit durch einen Rückzug in völliger Sicherheit vermeiden könnte,³⁶⁴ dann wäre seine Tötungshandlung zwar moralisch falsch, aber dennoch – solange die anderen Voraussetzungen der *self-defense* erfüllt werden³⁶⁵ – nach dem MPC³⁶⁶ und auch in den meisten Bundesstaaten der USA³⁶⁷

rücksichtigung bestimmter Gründe für die Verletzung der den *offenses* immanenten rechtlichen Normen ermöglichen. Siehe auch *ders.*, 39 *Tulsa L. Rev.* 817, 822–824 (2004).

³⁶¹ Vgl. *Ferzan*, 24 *L. & Phil.* 711, 728, 741 (2005). Ihrer Meinung nach ist jedoch der Täter noch *justified*, der lediglich die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung falsch, aber vernünftig glaubt, solange ein – wenn auch nur in untauglicher Weise versuchter – Angriff tatsächlich vorliegt. Vgl. dazu kritisch *McMahan*, 24 *L. & Phil.* 751 (2005).

³⁶² Vgl. *Duff*, 39 *Tulsa L. Rev.* 829, 836–850 (2004). Danach ist eine Handlung *right*, wenn tatsächlich hinreichende und unwiderlegbare Gründe für deren Vornahme sprechen. Eine Handlung sei hingegen *wrong*, allerdings *warranted*, wenn der Täter fälschlicherweise, aber vernünftig davon ausgeht, dass solche Gründe objektiv vorliegen. Im Fall unwissender *justification* sei weiter zu differenzieren: Ist die Handlung (*deed*) als solche *right*, sei der Täter trotz fehlender guter Motive straflos; ist die Handlung hingegen nicht verlangt oder erwartet, sondern nur *permissible*, dann solle der Täter bestraft werden, es sei denn, er handelt aus einem angemessenen Motivheraus.

³⁶³ Vgl. *Greenawalt*, 84 *Colum. L. Rev.* 1897, 1906 (1984).

³⁶⁴ Vgl. *Greenawalt*, 17 *Crim. Just. Ethics* 14, 26 (Winter/Spring 1998).

³⁶⁵ Zu beachten ist, dass in diesem Fall die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung nicht schon aufgrund des Vorliegens einer sicheren Rückzugsmöglichkeit ausgeschlossen wird. Vgl. dazu *Dubber*, Einführung, S. 166 f.

³⁶⁶ Vgl. MPC § 3.04(2)(b)(ii)(A), wonach man nicht zurückzuziehen verpflichtet ist, wenn man zu Hause oder am Arbeitsplatz angegriffen wird.

³⁶⁷ Vgl. *Dressler*, *Criminal Law*, S. 229 ff.

rechtlich gerechtfertigt (*justified*).³⁶⁸ Ein weiteres Beispiel betrifft den vernünftigen Glauben (*reasonable belief*) des Täters. Ein Glaube ist gemäß der Bestimmung des MPC erst dann nicht vernünftig, wenn er auf die Rücksichtslosigkeit (*recklessness*) oder Fahrlässigkeit (*negligence*) des Täters zurückgeht,³⁶⁹ welche wiederum jeweils eine „grobe“ Abweichung (*gross deviation*) von den betreffenden Verhaltensmaßstäben verlangen.³⁷⁰ Daraus folgt, dass die Anwendung selbst tödlicher Gewalt von einem Polizeibeamten auch dann gerechtfertigt (*justified*) wird, wenn dieser abweichend vom Verhaltensmaßstab handelt und irrtümlich glaubt, dass die Gewaltanwendung für die genehmigte Festnahme des Opfers notwendig ist,³⁷¹ solange diese Abweichung nicht als „grob“ zu qualifizieren und sein Glaube deshalb noch als vernünftig anzusehen ist. Hier lässt sich freilich nicht behaupten, dass die Gewaltanwendung des Polizeibeamten moralisch völlig richtig und erwünscht wäre.³⁷² Auf der subjektiven Seite ergeben sich noch andere Probleme. So muss etwa eine Tötungshandlung in den USA auch dann als *self-defense* angesehen werden, wenn ein gemeiner und mordgieriger Täter zwar den Angreifer in Verteidigung umbringt, sich aber durchaus darüber freut, dass er nach langem Warten endlich die Gelegenheit hat, einen anderen Menschen töten zu dürfen.³⁷³ Ob eine solche Verteidigung den moralischen Vorstellungen entspricht, lässt sich allerdings bezweifeln.³⁷⁴

Somit lässt sich feststellen, dass die Begründung der *justifications* durch moralische Richtigkeit nicht nur in bestimmten Fällen uneinheitliche Lösungen nach sich zieht, sondern auch nicht immer mit den gesetzlichen Regelungen in den USA in Einklang steht. Daher wird in der Literatur teilweise entgegen der h.M. argumentiert, dass *justifications* gar nicht oder zumindest nicht nur anhand moralischer Vorstellungen zu erklären sind.³⁷⁵

³⁶⁸ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 13–14 (2003).

³⁶⁹ Vgl. MPC § 3.09(2).

³⁷⁰ Vgl. MPC § 2.02(2)(c) und (d).

³⁷¹ Vgl. MPC § 3.07(2)(b).

³⁷² Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 98 (2009).

³⁷³ Vgl. *Moore*, 23 Isr. L. Rev. 280, 320–321 (1989).

³⁷⁴ Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 95 (2009).

³⁷⁵ Vgl. z.B. *Berman*, 53 Duke L.J. 1 (2003), wonach die *justifications* nur durch öffentlich-politische Entscheidungen bestimmt würden; *Nourse*, 151 U. Pa. L. Rev. 1691 (2003), wonach strafrechtliche *defenses* auf liberaler Politik basierten (vgl. dagegen jedoch *Ferzan*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 449 [2008], die für eine moralische Begründung der *self-defense* plädiert); *Thorburn*, 117 Yale L.J. 1070 (2008), wonach *justifications* immer die Anwendung der rechtlichen Ermessensbefugnis darstellten (vgl. dagegen *Gardner*, 23 Can. J. L. & Jurisprudence 71 [2010]).

bb) Verhaltensregel und akustische Separation

Im US-amerikanischen Strafrecht wird argumentiert, dass *justifications* Verhaltensregeln darstellen, welche als rechtliche Erlaubnisse anzusehen sind, während *excuses* nur als Entscheidungsregeln zählen. Diese These mag an sich dogmatisch plausibel sein. Sie hilft jedoch kaum bei der systematischen Differenzierung zwischen *justification* und *excuse*, insbesondere nicht bei der Subsumtion einer gegebenen *defense* unter eine der beiden Kategorien. Denn die sich daraus ergebende Frage, wie man eine Verhaltensregel von einer Entscheidungsregel unterscheiden soll, bleibt unbeantwortet. In keinem der Strafgesetzbücher in den USA wird hier ausdrücklich unterschieden, und die Antwort lässt sich freilich auch nicht schlicht förmlich vom Wortlaut des Gesetzes abhängen.³⁷⁶

Eine mögliche Lösung liefert das von *Dan-Cohen* entwickelte bekannte Gedankenexperiment der „akustischen Separation“ (*acoustic separation*). Danach soll man sich eine Welt vorstellen, die aus zwei Menschengruppen besteht, nämlich der Allgemeinheit (*general public*) und den Beamten (*officials*), die sich jeweils in einer akustisch isolierten Kammer befinden. In einer solchen Welt enthält das Gesetz notwendigerweise zwei verschiedene Sets normativer Botschaften, die sich jeweils an eine der beiden Gruppen richten. Das eine bezieht sich auf die Allgemeinheit und enthält Richtlinien für ihr Verhalten; diese sind Verhaltensregeln. Das andere bezieht sich auf die Beamten und liefert Richtlinien für das Treffen von Entscheidungen; diese sind Entscheidungsregeln. Wegen der akustischen Separation weiß die Allgemeinheit nichts von der Existenz der Entscheidungsregeln und kann sich nur nach den Verhaltensregeln richten. Geht es nun um die Frage, ob eine gegebene Regel als Verhaltensregel einzustufen ist, muss man nur prüfen, ob diese Regel unter Berücksichtigung der dem Rechtssystem zugrunde liegenden Politik in der vorgestellten Welt der akustischen Separation als eine selbstständige Verhaltensregel, die der Allgemeinheit absichtlich vermittelt wird, funktionieren soll.³⁷⁷ So ist z.B. *duress* als Entscheidungsregel zu qualifizieren: In der Welt der akustischen Separation soll die Allgemeinheit nicht von der Existenz der *duress defense* wissen, sodass sie sich nicht so leicht dem Zwang beugt und das Gesetz streng befolgt. Als Entscheidungsregel ermöglicht die *duress defense* auf der anderen Seite den Richtern, den Täter, der zugleich das Opfer eines Zwangs in relativ hohem Grade darstellt, um der Gerechtigkeit willen freizusprechen.³⁷⁸

Aber auch dieses Gedankenexperiment hilft hier nicht weiter. Denn die dadurch erzielte Differenzierung korrespondiert nicht unbedingt mit der Abgrenzung zwischen *justification* und *excuse*. In der Tat behauptet *Dan-Cohen* dies auch nicht. Er argumentiert z.B. folgendermaßen: Zumindest wenn der Täter die Interessen eines

³⁷⁶ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 29–31 (2003).

³⁷⁷ Vgl. *Dan-Cohen*, 97 Harv. L. Rev. 625, 630–632 (1984).

³⁷⁸ Vgl. ebenda, 633–634 (1984).

anderen zum Schutz seiner eigenen – wenn auch größeren – Interessen beeinträchtigt, muss die *defense of necessity* nur als Entscheidungsregel angesehen werden. Denn in diesem Fall neigt der Täter dazu, die Gefahr für seine eigenen Interessen zu übertreiben und das Übel aus dem Verstoß gegen das Gesetz zu unterschätzen, und diese Neigung würde sogar durch eine Aussicht auf die Verfügbarkeit der *defense of necessity* gefördert. Nur wenn der Täter ohne Wissen von der *defense of necessity* handelt, wird der Preis, der wegen eines Verstoßes gegen das Gesetz zu zahlen zu sein scheint, ernst genommen und mit den zu schützenden eigenen Interessen sorgfältig abgewogen. Deshalb sollte sie zum Schutz eigener Interessen nicht als Verhaltensregel einzustufen sein.³⁷⁹ Dieses Ergebnis wird freilich vielfältig kritisiert. Nach *Berman* übersieht *Dan-Cohen*, dass der Täter, der zum Schutz größerer – selbst seiner eigenen – Interessen die Interessen eines anderen verletzt, eigentlich nichts tut, was die Rechtsordnung in der wirklichen Welt verbietet und daher keine materielle Norm des Strafrechts bricht. Durch die Einstufung der *necessity* als Entscheidungsregel wird die tatsächliche Erlaubnis der Rechtsordnung verdeckt.³⁸⁰ Die akustische Separation unterstützt somit zwar teilweise die Bestrebungen zur Differenzierung zwischen Verhaltensregel und Entscheidungsregel, könnte jedoch diese Differenzierung in bestimmten Fällen auch entstellen und deshalb irreführend sein.³⁸¹

Wohl gerade mangels klaren Differenzierungskriteriums zwischen Verhaltensregel und Entscheidungsregel scheinen viele US-amerikanische Strafrechtsgelehrte nicht so sehr von der These überzeugt, dass *justifications* Verhaltensregeln darstellen und *excuses* Entscheidungsregeln sind. *Fletcher* hat sich z.B. im Jahr 1985 zwar für diese Differenzierung ausgesprochen,³⁸² vertrat jedoch ca. ein Jahrzehnt später ausdrücklich die Gegenansicht, dass nämlich *justification* als Entscheidungsregel zu qualifizieren ist.³⁸³

cc) Meinungsverschiedenheiten über die Konsequenzen der Differenzierung

Die Unklarheit der grundlegenden dogmatischen Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* führt auch zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich deren Konsequenzen. Die Thesen, dass es bei der *justification* auf die Handlung als solche ankommt, welche verallgemeinerungsfähig ist, während bei der *excuse* auf den einzelnen Täter abzustellen ist, und dass eine gerechtfertigte (*justified*) Handlung von Dritten unterstützt, aber nicht verhindert werden kann, sind auch eher problematisch:

³⁷⁹ Vgl. *Dan-Cohen*, 97 Harv. L. Rev. 625, 638 (1984).

³⁸⁰ Vgl. *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 35–36 (2003).

³⁸¹ Vgl. ebenda, 36 (2003).

³⁸² Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 976 (1985).

³⁸³ Vgl. *Fletcher*, in: Shute et al. (eds.), *Action and Value*, S. 180.

Erstens sind einige *justifications* von den besonderen persönlichen Eigenschaften des Täters geprägt.³⁸⁴ So haben z.B. die Polizeibeamten grundsätzlich mehr Befugnis zur Festnahme als Privatpersonen.³⁸⁵ Hinzu kommt, dass das Züchtigungsrecht nur Eltern und Lehrern vorbehalten ist.³⁸⁶ Nach der oben schon dargestellten, auch in der US-amerikanischen strafrechtlichen Gesetzgebung herrschenden subjektiven Theorie ist der vernünftige Glaube des Täters sogar für die Bejahung der *justifications* von entscheidender Bedeutung. Daher lässt sich nicht pauschal behaupten, dass *justifications* nur die Handlung an sich betreffen.³⁸⁷ Auf der anderen Seite können *excuses* auch nach objektiven Kriterien bestimmt werden. Ein Beispiel: *duress*, die nach heute h.M.³⁸⁸ eine *excuse* darstellt,³⁸⁹ setzt voraus, dass eine Person von vernünftigem bzw. durchschnittlich festem Charakter in der Situation des Täters der Nötigung nicht hätte widerstehen können.³⁹⁰ Somit wird der *defense of duress* zumindest ein gewisses Maß an Objektivität zugemessen.³⁹¹

Zweitens stimmt es im US-amerikanischen Strafrecht auch nicht, dass eine gerechtfertigte (*justified*) Handlung von Dritten unterstützt, aber nicht verhindert werden darf.³⁹² Für die rechtliche Bewertung der Handlung eines Dritten ist eigentlich nicht entscheidend, ob die Haupttat gerechtfertigt ist. In den USA gehen wohl die meisten Gerichte davon aus, dass es bei der Strafbarkeit eines Teilnehmers vor allem auf dessen eigene Vorstellung (und Handlung) ankommt.³⁹³ Dafür ist die strafrechtliche Verantwortung des Haupttäters im Prinzip irrelevant.³⁹⁴ Somit ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass der Täter auch dann wegen – wenn auch nur

³⁸⁴ Vgl. *Thorburn*, 117 Yale L.J. 1070, 1072 (2008).

³⁸⁵ Nach MPC § 3.07 (2)(b)(ii) darf z.B. in der Regel nur ein *peace officer* tödliche Gewalt bei einer Festnahme anwenden.

³⁸⁶ Vgl. MPC § 3.08; *LaFave*, Criminal Law, S. 566 ff.

³⁸⁷ Vgl. *Baron*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 387, 394 (2005).

³⁸⁸ Vgl. *Dressler*, Criminal Law, S. 306 m.w.N. Siehe auch *LaFave*, Criminal Law, S. 519.

³⁸⁹ Die Einstufung der *duress* als *justification* oder *excuse* ist auch in den USA umstritten. Vgl. dazu *Dressler*, in: Deigh/Dolinko (eds.), Handbook, S. 279 ff. Für eine Qualifizierung der *duress* als *justification* plädieren beispielsweise *Westen/Mangiafico*, 6 Buff. Crim. L. Rev. 833 (2003).

³⁹⁰ Vgl. MPC § 2.09 (1).

³⁹¹ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 184; *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1916–1917 (1984).

³⁹² Vgl. *Westen*, 25 L. & Phil. 289, 312 (2006).

³⁹³ Vgl. so *State v. Briggs*, 197 P.3d 628, 632 (Utah 2008): “An accomplice will be held criminally responsible to the degree of his own mental state, not that of the principal.” Siehe auch *State v. Crick*, 675 P.2d 527, 534 (Utah 1983); *Wilson v. State*, 222 S.W.3d 171, 181 (Ark. 2006); *People v. Bartow*, 800 N.Y.S.2d 200, 202 (N.Y. App. Div. 2005).

³⁹⁴ So z.B. ausdrücklich *Tharp v. Commonwealth*, 40 S.W.3d 356, 365 (Ky. 2000): “The principal actor’s mental state with respect to his own conduct, or the degree of his criminal liability, is largely immaterial to the criminal liability of an accomplice or the degree thereof.”

versuchter – Teilnahme bestraft werden kann, wenn er unter der falschen Vorstellung, dass er dabei eine Straftat fördert, an der Durchführung einer in der Tat gerechtfertigten Handlung mitwirkt.³⁹⁵ Hinzu kommt, dass der Täter sich ebenfalls strafbar macht, wenn er weiß, dass der Haupttäter aufgrund eines falschen, aber vernünftigen Glaubens gerechtfertigterweise handelt, und diese Handlung trotzdem unterstützt, oder wenn er einen solchen Irrtum des Haupttäters rechtswidrig hervorruft.³⁹⁶ Umgekehrt kann sich ein Dritter freilich trotz des Vorliegens einer strafbaren Haupttat auf die *justification defense* berufen, solange er vernünftig glaubt, dass seine Unterstützung gerechtfertigt ist.³⁹⁷

Die Regel des *alter ego*, wonach ein Dritter nur dann dem Haupttäter zur Hilfe eilen darf, wenn der Letztere an sich tatsächlich zur Verteidigung berechtigt ist,³⁹⁸ ist heutzutage in den USA – vor allem aufgrund der weitgehenden Akzeptanz der subjektiven Theorie sowohl in der Literatur als auch bei der Gesetzgebung – vielmehr überholt. Dementsprechend darf selbst eine gerechtfertigte Handlung von einem Dritten in dem vernünftigen Glauben, dass sie rechtswidrig ist, verhindert werden. Ein Beispiel: In dem bekannten „Young-Fall“ nahm der Angeklagte *Young* wahr, dass sich zwei Männer mittleren Alters mit einem Jugendlichen prügeln. Er ging vernünftig davon aus, dass der Jugendliche körperlich misshandelt wurde, und schlug deshalb die Männer, um jenem zu helfen. Es stellte sich aber heraus, dass die zwei Männer Polizeibeamte in Zivil waren, die gerade versuchten, den Jugendlichen rechtmäßig festzunehmen.³⁹⁹ Zwar wurde *Young* Anfang der 1960er Jahre wegen *assault* verurteilt, diese Entscheidung wird aber immer kritisiert.⁴⁰⁰ Nach heute h.M. müssen vielmehr sowohl *Young* als auch die Polizeibeamten gerechtfertigt werden.⁴⁰¹ Die vor allem von *Fletcher* befürwortete Inkompatibilitätsthese (*incompatibility thesis*), nach der logischerweise nur eine Partei in der Kollision gerechtfertigt werden kann, Gewalt anzuwenden,⁴⁰² kann sich in den USA wegen des Einflusses der subjektiven Theorie nicht durchsetzen.⁴⁰³

³⁹⁵ Vgl. *State v. Montanez*, 894 A.2d 928, 944 n. 23 (Conn. 2006). Dies hat *Robinson*, 82 Colum. L. Rev. 199, 279–280 (1982) auch anerkannt. Vgl. weiter MPC § 5.01 (3): “A person who engages in conduct designed to aid another to commit a crime [...] is guilty of an attempt to commit the crime, although the crime is not committed or attempted by such other person.”

³⁹⁶ Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 110 (2009) m.w.N.

³⁹⁷ Vgl. *State v. Montanez*, 894 A.2d 928, 944 n. 24 (Conn. 2006).

³⁹⁸ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 583 m.w.N.

³⁹⁹ Vgl. *People v. Young*, 11 N.Y.2d 274 (1962).

⁴⁰⁰ Vgl. *Husak*, 80 J. Crim. L. & Criminology 491, 517 n. 120 (1989).

⁴⁰¹ Vgl. *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1919–1920 (1984). A.A. *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 241 (2010), wonach *Young* nur *excused* werde.

⁴⁰² Vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev. 949, 975 (1985).

⁴⁰³ Zur Kritik an dieser These, vgl. nur *Baron*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 387, 402–406 (2005); *Berman*, 53 Duke L.J. 1, 42 (2003); *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1921–

dd) Mangelnde Bedeutung im Strafprozess

Da jede erfolgreiche *defense* zur Straflosigkeit des Angeklagten führt, ist die Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* im US-amerikanischen Strafprozess eher von geringer Bedeutung. Die Einführung einer solchen Differenzierung würde das Justizsystem sogar sehr belasten. So wird z.B. *Robinsons* Vorschlag, dass das Urteil der Jury in einzelnen Fällen in fünf Formen erfolgen solle, sodass zum Ausdruck kommen kann, ob die geprüfte Handlung gerechtfertigt ist, oder zwar falsch, aber nicht strafbar ist,⁴⁰⁴ entgegengehalten, dass dadurch ein einstimmiges Urteil der Jury zum Freispruch erschwert und daher zuungunsten des Angeklagten wirkt. Denn dies hätte einerseits zur Folge, dass sich die Juroren noch um eine genaue Begründung des Freispruchs bemühen müssten, ließe aber andererseits die Frage offen, was passiert, wenn sich die Juroren im Einzelfall zwar auf einen Freispruch einigen können, aber verschiedener Meinung darüber sind, ob dieses Ergebnis auf eine *justification* oder auf eine *excuse* zurückgeht.⁴⁰⁵

Die Aufnahme der Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* in die Entscheidung der Jury führt somit nicht nur zu großer Umständlichkeit im Strafprozess, sondern weicht auch von dem im US-amerikanischen Strafprozess geltenden und auch verfassungsrechtlich gebotenen⁴⁰⁶ Prinzip des *general verdict* wesentlich ab, nach dem eine Jury ihr Urteil in der Regel nicht begründen muss.⁴⁰⁷ Praktisch betrachtet ist dieser Vorschlag in den USA auch kaum durchsetzbar. Da selbst die Strafrechtsgelehrten hinsichtlich des Differenzierungskriteriums nicht zu einer gemeinsamen Ansicht kommen können und über die Einsortierung zahlreicher einzelner *defenses* – wie etwa *duress*,⁴⁰⁸ *provocation*,⁴⁰⁹ *mistake of fact*⁴¹⁰ oder sogar *self-defense*⁴¹¹ – als *justification* oder *excuse* sowie die Anwendbarkeit konkreter

1925 (1984). Vgl. weiter *Dressler*, 32 UCLA L. Rev. 61, 81–97 (1984) unter moralischem Aspekt.

⁴⁰⁴ Vgl. *Robinson*, Structure and Function, S. 118 f., 204 ff., 238 f. Diese fünf Formen sind: (1) No Violation of Prohibitions or Duty; (2) Justified Violation of Prohibition or Duty; (3) Blameless Violation; (4) Not Punishable; (5) Guilty.

⁴⁰⁵ Vgl. *Greenawalt*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1900–1901 (1984); *Bernman*, 53 Duke L.J. 1, 52 (2003).

⁴⁰⁶ Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 95–96 (2009).

⁴⁰⁷ Nur wenn der Täter wegen seelischer Störungen freigesprochen wird, muss die Jury in den meisten Bundesstaaten diesen Grund ausnahmsweise zum Ausdruck bringen.

⁴⁰⁸ Vgl. nur *Dressler*, in: Deigh/Dolinko (eds.), Handbook, S. 279 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. nur *Baron*, 43 U. Mich. J.L. Reform 117 (2009); *Berman/Farrell*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 1027 (2011); *Bergelson*, 42 Tex. Tech L. Rev. 307 (2009); *Fontaine*, 43 U. Mich. J.L. Reform 27 (2009).

⁴¹⁰ Vgl. *Price*, 2 Crim. Just. Ethics 14 (1993).

⁴¹¹ Für die Einstufung der *self-defense* als *excuse* spricht sich z.B. *Lar. Alexander* aus. Seiner Auffassung nach ist *justification* von dem Prinzip des *lesser evil* geprägt; *self-defense* führt allerdings oft nicht zu weniger Gesamtschaden. Vgl. *Lar. Alexander*, 24 L. & Phil. 611, 629–630 (2005); *ders.*, 74 Notre Dame L. Rev. 1475, 1494–1501 (1999).

defenses auf einige Grenzfälle – wie z.B. den *battered woman*-Fall⁴¹² – miteinander heftig streiten,⁴¹³ ist es nicht zu erwarten, dass gerade die Juroren in den sich daraus ergebenden Fragen übereinstimmen würden.

Zudem sollte die Bedeutung der Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* für die Gestaltung der Beweislast im Strafprozess nicht überschätzt werden. Denn eine *defense* kommt sowieso nur in Betracht, wenn alle Merkmale der infrage kommenden *offense* bereits über jeden vernünftigen Zweifel hinweg nachgewiesen worden sind. Insofern besteht kein Unterschied zwischen *justification* und *excuse*. Ob der Staatsanwalt das Vorliegen einer *defense* über jeden vernünftigen Zweifel hinweg widerlegen muss, hängt auch nicht – zumindest nicht nur – von der Einstufung dieser *defense* als *justification* oder *excuse* ab. Dabei wirken noch viele andere öffentlich-politische Faktoren mit. Zu berücksichtigen sind nämlich unterschiedliche Elemente, wie etwa wer Zugang zu den benötigten Informationen hat, die Missbrauchsgefahr dieser *defense*, die Konsequenzen der falschen Ablehnung, die tatsächliche Erfahrung mit dieser *defense* vor den Gerichten und wie die präzise Feststellung der Tatsache durch Zuschreibung der Beweislast erleichtert werden kann. Somit wäre es gar nicht unverständlich, wenn der Staatsanwalt verpflichtet ist, die *defense of infancy* im Strafprozess zu widerlegen. Denn das Alter des Angeklagten lässt sich meistens schon durch Aufzeichnungen der Regierung feststellen.⁴¹⁴

ee) Moralische Botschaften und Vorrangigkeitsthese

Da die *justifications* – wie oben schon erwähnt – zumindest im Detail oder in einigen Grenzfällen nicht unbedingt mit der moralischen Richtigkeit korrespondieren,⁴¹⁵ ist auch die These problematisch, dass aufgrund der Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* deutliche moralische Botschaften durch das Gesetz gesendet werden können. In der Praxis gilt nichts anderes. Insbesondere lassen sich kaum moralische Bewertungen aus den einzelnen Strafprozessen bzw. konkreten Entscheidungen ableiten. Denn einerseits besitzt die Jury in den USA eine „unüberschaubare Macht“, ein Urteil zum Freispruch selbst aus unzulässigen Gründen zu fällen.⁴¹⁶ Eine Entscheidung der Jury kann lediglich auf den Kompromiss unter den Juroren oder sogar auf einen Fehler ihrerseits zurückzuführen sein.⁴¹⁷ Anderer-

⁴¹² Vgl. nur *Burke*, 81 N.C. L. Rev. 211 (2002).

⁴¹³ Vgl. weiter *Fontaine*, 47 Am. Crim. L. Rev. 57, 66–67 (2010).

⁴¹⁴ Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 113 (2009).

⁴¹⁵ Vgl. oben Teil 4, IV.A.2.d)aa).

⁴¹⁶ Vgl. *Harris v. Rivera*, 454 U.S. 339, 346 (1981): “the unreviewable power of a jury to return a verdict of not guilty for impermissible reasons”.

⁴¹⁷ Vgl. *Dunn v. United States*, 284 U.S. 390, 394: “That the verdict may have been the result of compromise, or of a mistake on the part of the jury, is possible. But verdicts cannot be upset by speculation or inquiry into such matters.”

seits wird der Angeklagte auch häufig nur deshalb im Prozess wegen *justification* freigesprochen, weil der Staatsanwalt das Vorliegen einer *justification* nicht über jeden vernünftigen Zweifel hinweg widerlegen kann. In diesen Fällen bedeutet es natürlich keinesfalls, dass sich der Angeklagte im Einzelfall tatsächlich moralisch richtig verhalten hat. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich die Tatsache vor Augen führt, dass die Angeklagten in der Praxis prinzipiell nur diejenigen sind, gegen die hinreichender Tatverdacht besteht und für deren Schuldigkeit relativ ausagkräftigere Beweise aus dem Ermittlungsverfahren sprechen.⁴¹⁸

Vereinzelte wird noch selbst die in der Literatur allgemein akzeptierte Vorrangigkeit der *justifications* im Vergleich zu den *excuses* in Zweifel gestellt. So hat z.B. *Husak* behauptet, dass es keinen logischen Grund für eine solche Vorrangigkeit der *justifications* gebe und aufgrund der unklaren moralischen Einschätzungen auch keine normative Begründung dafür spreche.⁴¹⁹ Eine solche angebliche Vorrangigkeit und die ihr zugrunde liegende These, dass *justification* und *excuse* sich gegenseitig ausschließen, würden im Übrigen auch der Praxis in den USA widersprechen. Denn mehrere mögliche *defenses* werden häufig vom Angeklagten oder dessen Verteidiger zur Schaffung einer günstigeren rechtlichen Position gleichzeitig vor dem Gericht geltend gemacht, und diese Verteidigungstaktik wird auch in der Regel⁴²⁰ erlaubt.⁴²¹ *Baron* vertritt zwar die Ansicht, dass *justifications* zumindest in zwei Hinsichten vorrangig sind. Denn eine *excuse* kommt nur in Betracht, wenn keine *justification* vorliegt oder deren Vorhandensein unklar ist, und man bevorzugt in der Regel die Konstellation, dass eine Handlung als gerechtfertigt – also nicht nur entschuldigt – angesehen wird. Sie gibt jedoch andererseits auch zu, dass diese Vorrangigkeit nicht ohne Ausnahme zu bejahen ist. Denn einige *defenses* lassen sich nicht deutlich als *justification* oder *excuse* einstufen und man könnte in bestimmten Fällen eine *excuse* favorisieren, z.B. wenn sie zur Verneinung der individuellen Fähigkeit hinsichtlich einer Aufgabe und mit zur Befreiung der Verantwortlichkeit führt.⁴²²

3. Zwischenergebnis

Eine begriffliche Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* ist heutzutage von der h.M. in den USA akzeptiert. Über Einzelheiten herrscht aber noch heftiger Streit. Neben der Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der genauen dogma-

⁴¹⁸ Vgl. *Chin*, 43 U. Mich. J.L. Reform 79, 97, 107–108 (2009). Wäre der Täter im Einzelfall eindeutig nicht zu bestrafen, wird er gar nicht angeklagt.

⁴¹⁹ Vgl. *Husak*, 24 L. & Phil. 557, 566–574 (2005).

⁴²⁰ Selbst die sich widersprechenden *defenses* könnten auch gestattet werden; entscheidend dabei ist der Grad der Widersprüchlichkeit. Vgl. dazu *Henderson v. United States*, 237 F.2d 169, 172 (5th Cir. 1956).

⁴²¹ Vgl. *Husak*, 24 L. & Phil. 557, 574–580 (2005).

⁴²² Vgl. *Baron*, 24 L. & Phil. 595 (2005).

tischen Abgrenzung wird auch die praktische Bedeutung dieser Differenzierung für das gegenwärtige Strafrechtssystem immer wieder infrage gestellt. Deshalb nimmt der MPC zwar eine grobe Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* vor, bezweifelt aber, ob eine klare Abgrenzung überhaupt möglich und lohnenswert ist.⁴²³

B. Anwendbarkeit der justifications auf Hoheitsträger

Anders als in Deutschland wird in den USA die Frage, ob sich auch Hoheitsträger auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe bzw. *justifications* berufen dürfen, kaum thematisiert. Dass die strafrechtliche Rechtfertigung den Hoheitsträgern zur Verfügung steht, gilt in den USA fast als selbstverständlich. Nach den Strafgesetzen sind einige *justifications* schon von Natur aus (auch) auf Hoheitsträger anwendbar. So wird z.B. die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (*execution of public duty*) ausdrücklich in MPC § 3.03 als eine *justification* vorgesehen. Danach sollen staatliche Maßnahmen, die von den Gesetzen, die die Pflichten oder Funktionen der Hoheitsträger definieren oder den rechtlichen Prozess regeln, oder von der Entscheidung oder Anordnung eines befugten Gerichts verlangt oder genehmigt werden, auch strafrechtlich gerechtfertigt sein.⁴²⁴ Daher wird der Polizeibeamte, der zur Durchführung eines Durchsuchungsbefehls in die Wohnung eines anderen eindringt oder aufgrund einer gerichtlichen Beschlagnahmeverfügung das Eigentum eines anderen an sich nimmt, nicht bestraft.⁴²⁵ In MPC § 3.07 ist des Weiteren die Gewaltanwendung bei Festnahmen (*law enforcement*) geregelt. Nach § 3.07 (2)(b)(ii) darf ein hierzu befugter Polizeibeamter sogar tödliche Gewalt einsetzen, um eine gesetzlich zulässige Festnahme, die wegen eines Verbrechens (*felony*) erfolgt, durchzuführen.⁴²⁶ Darüber hinaus sind die Hoheitsträger auch berechtigt, alle anderen Rechtfertigungsgründe, die auf Privatpersonen anwendbar sind, für sich geltend zu machen.⁴²⁷ So können sich die Polizeibeamten beispielsweise auch auf die Vorschriften über *self-defense* und *defense of another* berufen. Die Notwehrvorschrift im MPC enthält sogar einige spezielle Regelungen, die eindeutig den Hoheitsträgern bzw. Polizeibeamten zur Verfügung stehen. Nach MPC § 3.04

⁴²³ Vgl. MPC Komm., Art. 3 Introduction, S. 2 f.: “The Model Code does not, however, attempt to draw a fine line between all those situations in which a defense might more precisely be labelled a justification and all those situations in which a defense might more precisely be labelled an excuse. [...] The Code’s approach is based on a skepticism that any fine line between excuse and justification can sensibly be drawn, and on the belief that any possible value of attempting such a line would be outweighed by the cost of complicating the content of relevant provisions.”

⁴²⁴ Vgl. MPC § 3.03 (1).

⁴²⁵ Vgl. MPC Komm., § 3.03, S. 23.

⁴²⁶ Vgl. MPC § 3.07.

⁴²⁷ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 169 Fn. 131.

(2)(a)(ii)(A) und (2)(b)(ii)(B) dürfen sich z.B. die zur Erfüllung ihrer Pflichten handelnden Hoheitsträger ausnahmsweise der von einem Besitzer oder Eigentümer zum Schutz seines Eigentums angewendeten Gewalt widersetzen und trotz Rückzugsmöglichkeit tödliche Gewalt ausüben. Ebenso ist es durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, wenn ein Polizeibeamter die zulässige Höchstgeschwindigkeit im Straßenverkehr wegen einer Verfolgung überschreitet oder wenn er zur Beschwichtigung des Argwohns eines Täters mit der Absicht, diesen festzunehmen zu können, entgegen gesetzlichen Regelungen am Glücksspiel teilnimmt.⁴²⁸

C. Justification als hoheitliche Eingriffsbefugnis

Etwas problematischer ist, ob die strafrechtlichen *justifications* auch hoheitliche Eingriffsbefugnisse darstellen können. Diese Frage wird heutzutage in den USA noch kaum thematisiert. Die Diskussion wird vor allem in Verbindung mit der *ticking time bomb*-Hypothese geführt. Zu fragen ist also, ob die Rettungsfolter auch öffentlich-rechtlich als legitim gilt, wenn sie strafrechtlich, wie etwa durch *defense of necessity*, gerechtfertigt wird. Die Ansichten dazu in der Literatur gehen auseinander.

1. Die differenzierenden Ansichten

a) *Argument hinsichtlich der ad hoc-Natur der justifications*

Im Jahr 1999 hatte das Oberste Gericht Israels zu entscheiden, ob es dem Personal des GSS (*General Security Service*) erlaubt ist, unter Umständen einige Vernehmungsmethoden, wie etwa „Anwendung von physischer Belastung mäßigen Grades“, die nicht durch das Strafprozessrecht erlaubt sind, bei der Terrorismusbekämpfung einzusetzen.⁴²⁹ In der Entscheidung ging das Gericht zwar davon aus, dass die *defense of necessity* insbesondere in der *ticking time bomb*-Situation allen Amtsträgern, die zur Rettung des Lebens von Menschen im Verhör physische Vernehmungsmethoden anwenden, zur Verfügung steht, solange diese Methoden im

⁴²⁸ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 556. Was die *defense of necessity* angeht, ist freilich zu beachten, dass die Amtsträger nicht deshalb gerechtfertigt werden, weil sie selbst einen Eingriff – wie etwa Festnahme oder Durchsuchung – für notwendig halten und davon ausgehen, dass durch diesen Eingriff überwiegendes Interesse gesichert wird. Nach der Rechtsprechung in den USA müssen die Amtsträger vielmehr im Prinzip eine entsprechende Genehmigung vorzeitig holen, solange es tatsächlich möglich ist (vgl. z.B. *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 [1948]). Es sei denn, dass die Gefahr besteht, dass bei Verzögerung der Festzunehmende fliehen würde oder die zu erhebenden Beweise vernichtet würden. Siehe dazu *Fletcher*, Rethinking, S. 772.

⁴²⁹ Vgl. H CJ 5100/94.

Einzelfall unverzüglich notwendig sind.⁴³⁰ Allerdings weigerte sich das Gericht, die *defense of necessity* als öffentliche Eingriffsbefugnis anzuerkennen. Zur Begründung wies es auf die *ad hoc*-Natur der *defense of necessity* hin. Danach liegt die Ratio der *defense of necessity* gerade darin, dass die *ex ante*-Formulierung exakter, angemessener Verhaltensregeln in vielfältigen und unerwarteten Notsituationen nicht möglich ist, weshalb es sich bei dieser *defense* nur um Fälle handle, in denen ein Individuum auf ein unberechenbares Ereignis reagiere. Aus diesem Grund eigne sich die *defense of necessity* nicht als staatliche Eingriffsbefugnis, die sich auf eine gewöhnliche Situation, deren Umstände bekannt sind und sich wiederholen dürfen, bezieht und als allgemeines, vorausblickendes Kriterium gilt. Die *defense of necessity* funktioniere somit nur als ein *ex post*-Urteil hinsichtlich der Strafbarkeit der Tat und befreie ggf. den Täter von Strafe, besitze aber keinen zusätzlichen normativen Wert. Der Fakt als solcher, dass eine konkrete Tat wegen der *defense of necessity* keine Straftat darstellt, bedeute also weder die Erlaubnis dieser Tat noch des sie begleitenden Eingriffs in die Menschenrechte. Im Gegenteil: Nach der *rule of law*, die sowohl als ein formelles wie auch als ein materielles Prinzip gilt, müssten die Eingriffsbefugnisse in die Menschenrechte durch Gesetze *ex ante* festgestellt werden.⁴³¹

Diese Ansicht, die die *ad hoc*-Natur der *defense of necessity* unterstreicht und dadurch eine Gleichstellung der strafrechtlichen *justifications* mit öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnissen verneint, wird nicht nur in Israel von zahlreichen Rechtswissenschaftlern vertreten.⁴³² Sie findet ebenfalls Zustimmung bei einem Teil der US-amerikanischen Strafrechtsgelehrten. So hat z.B. *Dershowitz* argumentiert:

„Die *necessity defense* ist von ihrer Natur her eine Notmaßnahme (*emergency measure*); sie eignet sich nicht für Situationen, die sich über lange Zeiträume wiederholen.“⁴³³

Mit anderen Worten:

„Die *necessity defense* ist entwickelt dafür, die Vornahme interstitieller Handlungen zu erlauben, wenn kein geltendes Gesetz vorliegt und es keine Zeit zur Änderung des Gesetzes gibt. Sie gilt für die nicht wiederkehrende Situation, die vom Gesetz niemals antizipiert wurde.“⁴³⁴

Die *defense of necessity* funktioniere nämlich nur im Einzelfall und könne keine *ex ante* festzusetzende hoheitliche Eingriffsbefugnis darstellen.⁴³⁵

⁴³⁰ Vgl. ebenda, §§ 34 f.

⁴³¹ Vgl. H CJ 5100/94, §§ 36 ff.

⁴³² Vgl. nur *Kremnitzer/Segev*, 34 *Isr. L. Rev.* 509, 538 (2000).

⁴³³ *Dershowitz*, 23 *Isr. L. Rev.* 192, 197 (1989).

⁴³⁴ *Dershowitz*, 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 275, 294 n. 93 (2003). Deshalb lehnt *Dershowitz* auch die Anwendung der *defense of necessity* bei der *ticking time bomb*-Situation ab, denn diese Hypothese wird seit Jahrzehnten diskutiert und kann sicher antizipiert werden.

⁴³⁵ Vgl. so ähnlich *Ferzan*, 36 *Rutgers L.J.* 183, 187–188 (2004).

b) Politisch-philosophisches Argument

Youngjae Lee, Professor an der Fordham Universität, lehnt das Argument anhand der *ad hoc*-Natur der *justifications* ab. Es gebe zwar Notfälle, die nicht absehbar seien, es lasse sich aber nicht übersehen, dass viele Notfälle durchaus vorhergesagt werden können und sich in der Tat immer wiederholen. Gerade in diesen Fällen finden die strafrechtlichen *justifications* auch Anwendung. So darf sich z.B. der Fahrer auf *defense of necessity* berufen, der die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet, um einen Patienten rechtzeitig in ein Krankenhaus einzuliefern, obwohl diese Notsituation im Alltagsleben nicht selten vorkommt und *ex ante* erwartet werden kann. Darüber hinaus sei es auch unvermeidbar, dass die Rechtsprechung durch Anwendung der *defense of necessity* im Einzelfall Verhaltensregeln für die Bürger schafft, wie sie sich in ähnlichen Notsituationen verhalten sollen.⁴³⁶

Dennoch hält *Lee* es für richtig, zwischen strafrechtlichen *justifications* und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen zu differenzieren. Denn seiner Meinung nach liegt das Wesen der strafrechtlichen *justifications* nicht nur in der moralischen Richtigkeit. Die *justifications* würden vielmehr durch politisch-philosophische Abwägungen mitbestimmt und müssten die Beziehung zwischen den Bürgern und dem Staat charakterisieren. Die *defense of necessity* diene also dazu, die Gewalt zwischen Individuen und dem Staat zu verteilen: Sie schaffe in Notfällen unter strengen Voraussetzungen einen bestimmten Raum, in dem das Gewaltmonopol des Staates aufgehoben werde und die Bürger ausnahmsweise ermächtigt würden, Gewalt anzuwenden, als ob der Staat nicht mehr existierte. In diesem Sinne stelle die *defense of necessity* eine Einschränkung der staatlichen Macht und eine Garantie der Befugnis der Bürger in Notsituationen dar. Daher dürfe sich der Staat nicht auf die *defense of necessity* berufen und diese als staatliche Eingriffsbefugnis betrachten. Sonst würde der durch die *defense of necessity* besonders für die Bürger reservierte Freiraum gestört, was dem hinter dieser *defense* stehenden politisch-philosophischen Denken zuwiderlaufe.⁴³⁷ Mit anderen Worten: Die *defense of necessity* biete eine *justification* für jedes Individuum in seiner Eigenschaft als eine private Person, erweitere die hoheitliche Eingriffsbefugnis aber nicht. Somit dürfe sich ein Polizeibeamter zwar auf die *defense of necessity* berufen, jedoch nur als ein privates Individuum, das außerhalb seiner hoheitlichen Befugnis handle.

c) Konsequentialistisches Argument

Vom Konsequentialismus bzw. Utilitarismus ausgehend sprechen sich auch einige Autoren in den USA für eine Differenzierung zwischen strafrechtlicher *justification* und öffentlich-rechtlicher Eingriffsbefugnis aus. Denn das Kosten-Nutzen-

⁴³⁶ Vgl. *Lee*, 3 *Crim. L. & Phil.* 133, 137 (2009).

⁴³⁷ Vgl. ebenda, 133, 143 (2009).

Kalkül könne durchaus zu verschiedenen Ergebnissen führen, wenn eine Tat von einer privaten Person in einer Art und Weise vorgenommen werde, als wäre dieselbe Tat vom Staat als öffentlich-rechtlich erlaubt bzw. genehmigt erklärt. Selbst wenn man davon ausgehen dürfe, dass eine von einer privaten Person durchgeführte Tat dem Prinzip *lesser evil* entspreche und daher gerechtfertigt sei, bedeute dies nicht zwangsläufig, dass der Staat ebenfalls dazu greifen dürfe. Denn die staatliche Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Eingriffserlaubnis sei typischerweise mit mittelbaren Wirkungen verbunden, welche bei den Handlungen von privaten Personen fehlten. Gerade diese mittelbaren – im vorliegenden Zusammenhang vor allem negativen – Wirkungen könnten zur Folge haben, dass eine Handlung, die für eine private Person gerechtfertigt sei, öffentlich-rechtlich verboten werden müsse.⁴³⁸ So hat z.B. *Kadish* bei der *ticking time bomb*-Hypothese folgende Ansicht vertreten: Es möge gerechtfertigt sein, wenn ein Individuum oder selbst ein Polizeibeamter in extremen Fällen eine andere Person grausam behandle. Diese Misshandlung könne jedoch nicht als öffentlich-rechtlich erlaubt angesehen oder sogar vom Gesetzgeber legitimiert werden. Denn sonst würde der Staat gegen das absolute Folterverbot verstoßen und diesen erst unter großen Schwierigkeiten erzielen, aber noch zerbrechlichen Konsens gefährden. Darüber hinaus sei dadurch die Gefahr des Missbrauchs gegeben und das moralische Argument gegen Terrorismus würde auch verloren gehen. Angesichts dieser mittelbaren negativen Wirkungen spricht hier das Kosten-Nutzen-Kalkül nach *Kadish* vielmehr gegen eine staatliche Legitimation der Rettungsfolter.⁴³⁹

In diese Richtung geht nicht zuletzt auch die Ansicht von *Parry* und *White*. Ihrer Meinung nach darf sich der folternde Polizeibeamte in extremen Fällen, wie etwa in der *ticking time bomb*-Situation, durchaus auf die *defense of necessity* stützen. Dies solle jedoch nicht so interpretiert werden, dass er auch ermächtigt werden solle, Folter vorzunehmen. Denn eine hoheitliche Genehmigung zur Folter würde nicht nur zu administrativen Schwierigkeiten führen, sondern auch weitere moralische Probleme verursachen. So müssten z.B. die genauen Kriterien für den Foltereinsatz formuliert werden und es bestünde keine Garantie, dass diese Kriterien in der Praxis richtig ausgelegt werden. Zudem würde die rechtliche Ermächtigung zur Rettungsfolter eine zu große Missbrauchsgefahr nach sich ziehen.⁴⁴⁰

2. Argumente gegen eine Differenzierung

In der Literatur finden sich auch einige Stimmen gegen eine Differenzierung zwischen *justifications* und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen. Die Autoren tragen dieses Ergebnis zwar oft nicht ausdrücklich vor, es lässt sich aber aus ihren Formu-

⁴³⁸ Vgl. *Segev*, 53 Clev. St. L. Rev. 629, 635, 647 (2005-2006).

⁴³⁹ Vgl. *Kadish*, 23 Isr. L. Rev. 345, 351–356 (1989).

⁴⁴⁰ Vgl. *Parry/White*, 63 U. Pitt. L. Rev. 743, 760–765 (2002).

lierungen ableiten. Die relevanten Argumente stützen sich meistens entweder auf politisch-philosophische oder auf moralische Überlegungen.

a) *Argumente der politischen Philosophie*

Der kanadische Strafrechtsgelehrte *Thorburn* arbeitet seit Jahren an der Begründung der institutionellen Struktur des Strafrechts. Danach existiert in der Rechtsordnung eine Arbeitsteilung (*division of labor*) zwischen denjenigen, die die rechtliche Befugnis besitzen, zu entscheiden, welche Handlungen rechtlich gerechtfertigt sind, und denjenigen, die diese Handlungen ausführen. So entscheidet z.B. das Gericht durch Erteilung der Genehmigung über die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung, während der Polizeibeamte diese vornimmt. Auch in der privaten Sphäre besitzen die Eltern beispielsweise die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob eine Operation für ihr Kind gerechtfertigt ist, während die Ärzte diese Operation durchführen.⁴⁴¹ Manchmal sei diese Arbeitsteilung allerdings nur begrifflich, denn der Entscheidende und der Ausführende könnten im Einzelfall derselbe Mensch sein. Dies sei insbesondere der Fall bei den *justifications*, wenn nämlich z.B. ein Polizeibeamter im Notfall eine Durchsuchung ohne Genehmigung des Gerichts vornimmt oder wenn eine private Person *self-defense* ausübt. Hier trafen die Täter nicht nur die Entscheidung, dass ihre Handlungen rechtmäßig seien, sondern führten sie auch selbst aus. So gesehen handle es sich bei allen *justifications* um die Ausübung der rechtlichen Macht eines befugten Individuums, darüber zu entscheiden, ob eine sonst verbotene Handlung unter Umständen gerechtfertigt sei: Das Gesetz bewerte eine Handlung also als rechtmäßig, solange die relevante Person im Einzelfall rechtsgültig entscheide, dass diese Handlung gerechtfertigt sei.⁴⁴² Ob eine Handlung im Einzelfall gerechtfertigt werden könne, werde somit von befugten entscheidenden Individuen *ex ante* und nicht – wie die traditionelle Ansicht behauptet – vom Gericht *ex post* bestimmt. Das Gericht überprüfe nachher nur die Gültigkeit der Ausübung der Entscheidungsmacht von dem betreffenden Individuum bzw. ob sich die konkrete Entscheidung noch innerhalb der Befugnis oder des Spielraums der Entscheidenden bewegt.⁴⁴³ Was die Befugnis zur Entscheidung angeht, gilt nach *Thorburn* Folgendes:

1. Innerhalb der privaten treuhänderischen Beziehung räume das Gesetz dem Treuhänder die Entscheidungsmacht über die Angelegenheiten des Nutznießers ein.
2. Die Amtsträger stünden den Bürgern gegenüber in einem treuhänderischen Verhältnis, weshalb sie auch unter bestimmten Bedingungen befugt seien, über die Angelegenheiten der Bürger zu entscheiden.

⁴⁴¹ Vgl. *Thorburn*, 117 Yale L.J. 1070, 1073 (2008).

⁴⁴² Vgl. ebenda, 1074, 1110 (2008).

⁴⁴³ Vgl. ebenda, 1070, 1097, 1112, 1129 (2008).

3. Auch private Personen seien unter extrem ungewöhnlichen Umständen berechtigt, Entscheidungen über das Interesse anderer zu treffen. Die privaten Personen besäßen diese Befugnis nicht aus ihrem eigenen Recht, sie übten diese Macht nur anstelle der Amtsträger aus, die mit dieser Befugnis ausgestattet, zur Zeit der Handlung jedoch abwesend seien. In diesem Fall handelten die privaten Personen vorläufig als Hoheitsträger und nähmen eine delegierte staatliche Funktion wahr.⁴⁴⁴

Von diesem Standpunkt aus ist die Grenze zwischen Hoheitsträgern und privaten Bürgern verschwommen⁴⁴⁵ und eine klare Differenzierung zwischen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen (*justifications*) und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen lässt sich auch nicht mehr festhalten. Da die Befugnis der privaten Personen zur Ausübung von strafrechtlich gerechtfertigten Handlungen⁴⁴⁶ bzw. die Entscheidungsmacht der normalen Bürger ausschließlich aus ihrer Rolle als Ersatz für Hoheitsträger abzuleiten ist, stellt jede strafrechtlich gerechtfertigte Handlung gleichzeitig eine Ausübung von Hoheitsgewalt dar, deren Begründung und Grenze erst durch das öffentliche Recht festgestellt werden können.⁴⁴⁷ Insofern geht es bei den strafrechtlichen *justifications* um dieselbe grundlegende Problematik wie beim Öffentlichem Recht: Wann ist die Anwendung staatlicher Gewalt legitim?⁴⁴⁸ Diese „öffentlich-rechtliche Rechenschaft“ (*public law account*)⁴⁴⁹ der strafrechtlichen *justifications* weicht in vielerlei Hinsicht vom traditionellen Verständnis der *justifications* im *common law* ab und stößt deshalb in der englischen Literatur auf Kritik.⁴⁵⁰

In den USA findet diese Ansicht jedoch teilweise auch Zustimmung. So hält z.B. *Ohlin* diese Meinung im Prinzip für „plausibel“.⁴⁵¹ *Nourse* geht zwar nicht so weit, aber doch in dieselbe Richtung. Nach *Nourse* soll die seit den 1970er Jahren in der Literatur zu beobachtende Tendenz zur Individualisierung im Strafrecht bzw. zur Ausschließung der politisch-philosophischen Überlegungen aus dem Strafrecht keinen Beifall verdienen. Im Gegenteil: Das Strafrecht diene der Schaffung öffentlicher Ordnung, stelle auch ein Mittel der Verwaltung und somit einen fundamen-

⁴⁴⁴ Vgl. *Thorburn*, 117 Yale L.J. 1070, 1117–1129 (2008).

⁴⁴⁵ Dies hat *Thorburn* auch anerkannt, siehe dazu ebenda, 1070, 1128.

⁴⁴⁶ Als Beispiele werden hierzu ausdrücklich *self-defense*, *law enforcement* (siehe *Thorburn*, ebenda, 1070) und *defense of necessity* (vgl. *Thorburn*, in: Duff/Green [eds.], *Criminal Law*, S. 32 ff.) genannt.

⁴⁴⁷ Vgl. *Thorburn*, 117 Yale L.J. 1070, 1118 (2008).

⁴⁴⁸ Vgl. *Thorburn*, in: Duff/Green (eds.), *Criminal Law*, S. 24.

⁴⁴⁹ So nennt *Thorburn* seine Theorie. Siehe dazu auch *ders.*, in: Duff/Green (eds.), *Criminal Law*, S. 24.

⁴⁵⁰ Vgl. *Gardner*, 23 Can. J. L. & Jurisprudence 71, 94–98 (2010).

⁴⁵¹ Vgl. *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 243 (2010). Danach soll diese Ansicht jedoch nicht auch bei Irrtumsfällen gelten. Denn wenn der Polizeibeamte im konkreten Fall die Umstände falsch einschätzt, muss der Staat wollen, dass die Bürger eingreifen und Schaden verhindern, obwohl dies bedeuten würde, dass die Bürger hier gegen den Polizeibeamten handeln dürfen.

talen Teil des öffentlichen Rechts im weiteren Sinne dar.⁴⁵² Im Strafrecht gelte ebenfalls das Prinzip des „Verbots der Selbst-Exemption“, wonach weder der Staat noch eine private Person sich über das Recht bzw. die Entscheidung der Mehrheit in der Zivilgesellschaft hinwegsetzen darf. Dementsprechend seien die *justifications* nicht nur Mittel zum Schutz der Individuen als private Personen, sie zeigten vielmehr, dass der Täter bei Abwesenheit des Staates faktisch so gehandelt habe, wie es das Recht selbst vorgesehen hätte und wie es die Mehrheit der Öffentlichkeit sowie der Staat wirklich wollten.⁴⁵³ So gesehen handle der Täter in den Notfällen, in denen *justifications* Anwendung finden, gerade in der Weise, als ob er Vertreter des Staates bzw. Hoheitsträger wäre, weshalb sich die strafrechtlichen *justifications* kaum von den öffentlich-rechtlichen Befugnissen unterscheiden könnten.

b) *Moralisches Argument*

Einige Autoren betonen die moralische Eigenschaft der *justifications* und sprechen sich gegen eine Differenzierung zwischen diesen und den hoheitlichen Eingriffsbefugnissen aus. Denn ihrer Meinung nach spiegelt die *justification* die moralische Richtigkeit wider. Da eine gerechtfertigte Handlung die richtige sei, könne auch der Staat diese richtige Handlung ohne Weiteres vornehmen oder sie sogar durch Gesetzgebung legitimieren. So sind z.B. *Posner* und *Vermeule* „verwirrt“ (*puzzled*) angesichts des Umstands, dass einerseits die Rettungsfolter bzw. – mit ihrem eigenen Terminus – die Zwangsvernehmung (*coercive interrogation*) illegal bleiben muss, der folternde Polizeibeamte andererseits aber durch die Berufung auf die *defense of necessity* von Strafe befreit werden kann. Denn dies würde bedeuten, dass eine Zwangsvernehmung ggf. durchgeführt werden darf, obwohl sie gesetzlich verboten ist. Ein solches Fazit erscheint den beiden widersprüchlich. Das Argument der Gegenansicht, dass im Vergleich zur gesetzlichen Legitimation der Rettungsfolter die Anwendung der *defense of necessity* den Vorzug verdiene, weil dadurch keine unangemessene Botschaft an die Öffentlichkeit bzw. Allgemeinheit gesendet werde, dass Folter legitimiert sei, halten *Posner* und *Vermeule* für nicht stichhaltig. Denn die meisten Bürger interessierten sich kaum für die gesetzlichen Regelungen (*law on the books*), sondern vielmehr für das Ergebnis der Entscheidung, also lediglich dafür, ob der folternde Polizeibeamte tatsächlich vom Gericht verurteilt wird. Es lasse sich nicht beweisen, dass die Öffentlichkeit ihre Aufmerksamkeit nur dem *ex ante*-Folterverbot schenkt und nicht auch der durch *defense of necessity* geschaffenen *ex post*-Erlaubnis. Aus diesen Gründen behaupten *Posner* und *Vermeule*, dass die *defense of necessity* alle Handlungen, die unter ihren Anwendungsbereich fallen, unvermeidbar legitimiere, weshalb sie essentiell nicht von einer rechtlichen Ermächtigung zu unterscheiden sei.⁴⁵⁴ Auch *Levinson* hat darauf

⁴⁵² Vgl. *Nourse*, 151 U. Pa. L. Rev. 1691, 1740 (2003).

⁴⁵³ Vgl. ebenda, 1713.

⁴⁵⁴ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 698 (2006).

hingewiesen, dass die Anwendung der *defense of necessity* zumindest Folter bei bestimmten Situationen, wo sie als „moralisch erlaubt“ angesehen werden könne, legitimieren würde.⁴⁵⁵

D. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich die Hoheitsträger in den USA durchaus auf strafrechtliche *justifications* berufen dürfen. Ob die *justifications* gleichzeitig auch hoheitliche Eingriffsbefugnisse darstellen können, ist aber eine Frage, die heutzutage in der Literatur kaum thematisiert wird. Die Gründe dafür könnten einerseits an dem unausgereiften begrifflichen System des öffentlichen Rechts liegen und andererseits daran, dass es sich nach dem gewöhnlichen Verständnis im *common law* beim Strafrecht nur um die *ex post*-Feststellung der Strafbarkeit des Angeklagten als private Person handelt, weshalb es keinen Anlass gibt, über die Beziehung zwischen strafrechtlichen *justifications* und öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnissen zu diskutieren. Da aber in den USA jedenfalls die strafrechtlichen *justifications* auch den Amtsträgern zur Verfügung stehen, ist im Folgenden zu erörtern, ob und welche *justifications* im Rettungsfolterfall Anwendung finden können. Oben wurde schon festgestellt, dass zurzeit in den USA noch unklar ist, ob eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis zur Rettungsfolter besteht. Dementsprechend bleibt es auch im Strafrecht eine offene Frage, ob die aufgrund der öffentlichen Funktion des Polizeibeamten entstandenen *justifications*, wie etwa Erfüllung öffentlicher Aufgaben (*execution of public duty*), im Rettungsfolterfall anwendbar sind. An dieser Stelle ist daher zunächst zu prüfen, ob die Rettungsfolter durch die *self-defense* oder *defense of necessity* zu rechtfertigen ist.

V. Rettungsfolter als self-defense oder defense of others?

A. Zu den Voraussetzungen der self-defense und defense of others

Self-defense wird in jedem Bundesstaat der USA anerkannt.⁴⁵⁶ Es könnte sogar einen Verstoß gegen die US-Verfassung darstellen, wenn dem Bürger das Recht zur Notwehr in einem Bundesstaat oder auf der Bundesebene abgesprochen würde.⁴⁵⁷ Heutzutage wird *self-defense* in den USA fast einhellig als eine *justification*

⁴⁵⁵ Vgl. *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013, 2045 (2003).

⁴⁵⁶ Vgl. *Dressler*, Criminal Law, S. 223.

⁴⁵⁷ Vgl. *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) hinsichtlich des Rechts der Bürger, Schusswaffen zu besitzen und sie zur Notwehr einzusetzen.

angesehen.⁴⁵⁸ Zu beachten ist aber Folgendes: Anders als in Deutschland, wo Notwehr in einer Vorschrift des StGB vorgesehen ist, sind in den USA meistens in einem Strafgesetz mehrere Regelungen für die Notwehr relevant. Manchmal werden diese Regelungen nach dem jeweils abzuweisenden Angriff formuliert. So wird z.B. im *New York Penal Law* in § 35.15 *defense of a person*, in § 35.20 *defense of premises* sowie *defense of a person in the course of burglary*, und in § 35.25 *use of physical force to prevent or terminate larceny or criminal mischief* vorgesehen. In Kalifornien werden die *self-defense* und *defense of others* sogar erst in den Vorschriften der relevanten Delikte im Besonderen Teil geregelt.⁴⁵⁹ Häufig werden die betreffenden Vorschriften auch nach Notwehr, Nothilfe und Verteidigung von Eigentum sortiert. So wird z.B. im MPC in § 3.04 *self-protection*, in § 3.05 *protection of other persons* und in § 3.06 *protection of property* geregelt. Ebenso ist im *Texas Penal Code* in §§ 9.31 und 9.32 *self-defense* einschließlich Anwendung tödlicher Gewalt, in § 9.33 *defense of third person* und in §§ 9.41–9.44 *protection of property* vorgesehen.

Da es sich im hier interessierenden Rettungsfolterfall in erster Linie um den Schutz des Lebens mehrerer Menschen handelt, kommen vor allem die *self-defense* und die *defense of others* in Betracht. Welche von den beiden *defenses* im konkreten Fall Anwendung findet, ist freilich eine Tatfrage: Foltert der Polizeibeamte ausschließlich zum Schutz anderer Bürger, ist die *defense of others* anwendbar; geht er davon aus, dass er selbst auch durch die Explosion der Zeitbombe bedroht wird und handelt zugleich zum Schutz seines eigenen Lebens, dann steht ihm auch *self-defense* zur Verfügung. Allerdings erübrigt sich hier eine getrennte Prüfung der beiden *defenses*. Denn selbst wenn sie in einem Strafgesetz nicht in derselben Vorschrift geregelt werden, sind ihre Voraussetzungen im Grunde identisch. So haben beispielsweise die Autoren des MPC ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regeln hinsichtlich der *protection of other persons* die gleichen wie die zur *self-protection* sind.⁴⁶⁰ Die *defense of others* wird nämlich insofern nur analog zur *self-defense* geregelt:

„Eine Person ist nur dann in der Verteidigung eines Dritten gerechtfertigt, wenn ihr an Stelle des Dritten ein eigenes Notwehrrecht zustehen würde.“⁴⁶¹

Obwohl die Formulierungen hinsichtlich der *self-defense* (und auch der *defense of others*) in verschiedenen Strafgesetzen in den USA nicht immer dieselben sind, lassen sich ihnen ähnliche Voraussetzungen entnehmen. Nach MPC § 3.04 (1) ist Gewaltanwendung gegen eine andere Person *justifiable*, wenn der Täter glaubt, diese Gewalt sei unverzüglich erforderlich, um sich in der gegebenen Situation

⁴⁵⁸ Anders aber Lar. Alexander, 24 L. & Phil. 611, 629–630 (2005).

⁴⁵⁹ Vgl. z.B. Cal. Pen. Code §§ 197 ff. hinsichtlich der Tötungsdelikte und CALJIC (*California Jury Instructions – Criminal*) no. 5.30 in Bezug auf *self-defense* bei *assault*.

⁴⁶⁰ Vgl. MPC Komm., § 3.05, S. 62 f.

⁴⁶¹ Dubber, Einführung, S. 159.

gegen die gegenwärtige und unrechtmäßige Gewaltanwendung dieser Person zu schützen.⁴⁶² Eine ähnliche Formulierung findet sich z.B. auch im *New York Penal Law* § 35.15 1⁴⁶³ und im *Texas Penal Code* § 9.31 (a).⁴⁶⁴ Somit setzt die *self-defense* im US-amerikanischen Strafrecht zuerst voraus, dass der Täter vernünftig annimmt, dass eine gegenwärtige und unrechtmäßige Gewaltanwendung des Angreifers vorliegt und die Gewalt gegen den Angreifer zum eigenen Schutz unverzüglich erforderlich ist. Ein Teil der Rechtsprechung betont zudem, dass der Angegriffene selbst kein Angreifer sein darf, sodass insgesamt sechs Voraussetzungen für *self-defense* bestehen, nämlich: Einer Person muss mit Gewalt gedroht werden; diese bedrohte Person ist nicht der Angreifer; die Gefahr eines Schadens ist gegenwärtig; die drohende Gewalt ist unrechtmäßig; die bedrohte Person muss tatsächlich glauben, dass eine Gefahr existiert und dass die von ihr angewendete Gewalt erforderlich ist; und schließlich muss dieser Glaube vernünftig sein.⁴⁶⁵ Inzwischen gilt die Einschränkung, dass der Täter, der in *self-defense* handelt, selbst kein Angreifer sein darf, allerdings nicht ohne Ausnahme. So kann sich z.B. der Angreifer, der seinerseits keine tödliche Gewalt anwendet, jedoch durch die tödliche Gewalt des Verteidigers gefährdet wird,⁴⁶⁶ oder der, der ernstlich vom (weiteren) Konflikt zurücktritt und dem Angegriffenen seinen Rücktrittswillen effektiv demonstriert, auch auf *self-defense* berufen.⁴⁶⁷

Zu beachten ist des Weiteren, dass bei der *self-defense* im US-amerikanischen Strafrecht das Verhältnismäßigkeitsprinzip herrscht. Die Gewaltanwendung des Verteidigers wird also nur dann durch *self-defense* gerechtfertigt, wenn sie im Vergleich zur Gewalt des Angreifers verhältnismäßig ist. Dies deutet freilich nicht darauf hin, dass bei der Prüfung der *self-defense* im Einzelfall jeweils eine Güter-

⁴⁶² Vgl. MPC § 3.04 (1): “[T]he use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion.”

⁴⁶³ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.15 1: “A person may [...] use physical force upon another person when and to the extent he or she reasonably believes such to be necessary to defend himself, herself or a third person from what he or she reasonably believes to be the use or imminent use of unlawful physical force by such other person”.

⁴⁶⁴ Vgl. Tex. Penal Code Ann. § 9.31 (a): “[A] person is justified in using force against another when and to the degree the actor reasonably believes the force is immediately necessary to protect the actor against the other’s use or attempted use of unlawful force.”

⁴⁶⁵ Vgl. z.B. *People v. Babbington*, N.E.2d 1326, 1331 (Ill. App. 1997): “The elements of self-defense are: (1) that force is threatened against a person; (2) that the person threatened is not the aggressor; (3) that the danger of harm is imminent; (4) that the force threatened was unlawful; (5) that the person threatened must actually believe that a danger exists and that the kind of force he uses is necessary; and (6) that such beliefs are reasonable.” Siehe ähnliche Formulierung *State v. Gheen*, 41 S.W.3d 598, 606 (Mo. App. 2001).

⁴⁶⁶ Vgl. *Watkins v. State*, 555 A.2d 1087, 1088–1089 (Md. Spec. App. 1989).

⁴⁶⁷ Siehe *LaFave*, Criminal Law, S. 577 f. m.w.N.

abwägung vorzunehmen ist.⁴⁶⁸ Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei der *self-defense* wird in den USA vielmehr dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Gesetzgeber in den detaillierten Vorschriften zur *self-defense* (und auch zur *defense of others*) genau vorgesehen haben, welches Maß an Gewalt gegen welchen Angriff eingesetzt werden darf. So ist beispielsweise lebensgefährliche Verteidigung nur dann zulässig, wenn *death, serious bodily injury, kidnapping* oder *sexual intercourse compelled by force or threat* droht und keine Möglichkeit zum Ausweichen besteht.⁴⁶⁹ Auch bei der Verteidigung von Eigentum ist die Anwendung tödlicher Gewalt nur bei rechtswidrigem Vertreiben vom Grundstück oder schwerem Eigentumsdelikt und lebensgefährlicher Situation erlaubt.⁴⁷⁰ Diese auf dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit basierenden Einschränkungen stellen insofern zusätzliche Voraussetzungen der *self-defense* unter besonderen Umständen dar.⁴⁷¹

B. Bedeutung der „Gewaltanwendung“

Da sowohl die *self-defense* als auch die *defense of others* nur zur Abwehr einer gegenwärtigen und unrechtmäßigen Gewaltanwendung ausgeübt werden dürfen, stellt sich bei der Prüfung, ob die Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation durch *self-defense* oder *defense of others* gerechtfertigt werden kann, zunächst die Frage, was unter „Gewaltanwendung“ zu verstehen ist. Im hier interessierenden Rettungsfolterfall ist der Täter, der eine Zeitbombe gelegt hat, bereits festgenommen und steht unter der physischen Kontrolle des Polizeibeamten. Er verweigert lediglich, das Versteck der Bombe zu verraten. Lässt sich diese Verweigerung auch als gegenwärtige und unrechtmäßige „Gewaltanwendung“ ansehen?

1. Die Ansicht im Bybee-Memo

Vereinzelte wird diese Frage in den USA bejaht. So haben z.B. die Autoren des Bybee-Memos zwar anerkannt, dass die Situation hier anders als die gewöhnliche *self-defense justification* ist. Denn normalerweise handelt es sich bei der *self-defense* um die Verteidigung gegen ein Individuum, das gerade den Angriff ausübt oder dies versucht. In der *ticking time bomb*-Szene stellt der Täter an sich jedoch nicht die Gefahr dar, er übt im Moment der Folter keinen Angriff mehr aus.⁴⁷² Dennoch wird im Bybee-Memo die Ansicht vertreten, dass Rettungsfolter durch

⁴⁶⁸ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 152.

⁴⁶⁹ Vgl. MPC § 3.04 (2)(b). Zu den Ausnahmen von der Rückzugspflicht, siehe MPC § 3.04 (2)(b)(ii).

⁴⁷⁰ Vgl. MPC § 3.06 (3)(d).

⁴⁷¹ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 571 f.; *Dressler*, Criminal Law, S. 224.

⁴⁷² Vgl. Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002), S. 44.

self-defense gerechtfertigt (*justified*) werden könne. Zur Begründung wird die Formulierung von *Moore* aus den 1980er Jahren herangezogen, nach der der Terrorist gefoltert werden dürfe, wenn er eine solche Situation in zurechenbarer Weise geschaffen habe, in der jemand – also entweder der Terrorist oder andere Unschuldige – verletzt werden muss.⁴⁷³ Dieselbe Schlussfolgerung haben auch einige israelische Rechtswissenschaftler gezogen. Nach *Gur-Arye* soll z.B. *self-defense* ggf. auch gegen ein Unterlassen – genauso wie gegen ein aktives Tun – ausgeübt werden dürfen.⁴⁷⁴

2. Die herrschende Meinung in den USA

Ganz überwiegend wird in den USA die Anwendbarkeit der *self-defense* in der *ticking time bomb*-Situation verneint. Denn nach dem traditionellen Verständnis bedeutet das Merkmal „Gewaltanwendung“ bei der *self-defense* und *defense of others* vielmehr nur den physischen Angriff. In der Tat ist in einigen US-amerikanischen Strafgesetzen sogar ausdrücklich vorgesehen, dass *self-defense* und *defense of others* nur gegen „physische Gewalt“ (*physical force*) des Angreifers ausgeübt werden dürfen.⁴⁷⁵ Daher hat *Luban* zu Recht folgendermaßen argumentiert: Die Doktrinen der *self-defense* und *defense of others* setzen beide einen physischen Angriff des Angreifers voraus. Aber in einem Vernehmungsfolterfall unternimmt der Gefolterte, der bereits physisch kontrolliert und festgenommen wird, gerade keinen Angriff. Kein Rechtsanwalt in Strafsachen würde den Fall, in dem der Vernehmer den verhafteten, gefesselten Häftling misshandelt, als einen Fall der *self-defense* im Sinne des Strafgesetzes behandeln. Bei traditioneller *self-defense* ist die Person, gegen die defensive Gewalt ausgeübt wird, gefährlich; im Rettungsfolterfall ist sie hilflos.⁴⁷⁶ Dieselbe Ansicht vertritt auch *Strauss*. Ihrer Meinung nach findet die *self-defense* keine Anwendung im Rettungsfolterfall, weil hier das Folteropfer keine Möglichkeit hat, einen gegenwärtigen tödlichen Angriff zu begehen.⁴⁷⁷ Aus demselben Grund hält auch *Kutz* die Ansicht im Bybee-Memo für „seltsam“ (*peculiar*).⁴⁷⁸ Des Weiteren hat *Colb* darauf hingewiesen, dass es sich bei der *self-defense* um die Abwehr gegen einen unmittelbar bevorstehenden oder noch andauernden Angriff handelt. Bei der Folter zur Erpressung der rettenden Informationen ist der Angriff jedoch bereits beendet, weshalb es schon zu spät für eine *self-defense* ist.⁴⁷⁹ In ähnlicher Weise argumentiert *Kovarovic*, dass nämlich in der *tick-*

⁴⁷³ Vgl. *Moore*, 23 Isr. L. Rev. 280, 323 (1989).

⁴⁷⁴ Vgl. *Gur-Arye*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 194 f.

⁴⁷⁵ Vgl. z.B. N.Y. Pen. Law § 35.15 1; Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-704 (1); Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.050 (1); OR. Rev. Stat. § 161.209.

⁴⁷⁶ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 62 f.

⁴⁷⁷ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 258–261 (2003).

⁴⁷⁸ Vgl. *Kutz*, 95 Cal. L. Rev. 235, 241 (2007).

⁴⁷⁹ Vgl. *Colb*, 30 Cardozo L. Rev. 1411, 1440 (2009).

ing time bomb-Situation eigentlich der folternde Vernehmer über die Macht verfügt, weshalb er sich nicht gegen eine vom Gefolterten ausgeübte Körperverletzung oder Tötung verteidigt.⁴⁸⁰

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich tatsächlich, dass die Berufung der Autoren des Bybee-Memos auf *Moore*s Formulierung eigentlich fehlgeht. Denn *Moore* hat gerade nicht die Ansicht vertreten, dass die *self-defense de lege lata* im Rettungsfolterfall Anwendung finden kann. Genau im Gegenteil: *Moore* hat ausdrücklich anerkannt, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes die *self-defense* nicht zur *justification* der Folter anwendbar ist, weil der festgenommene Terrorist keine Gefahr für andere Personen darstellt.⁴⁸¹ Die im Bybee-Memo vertretene Ansicht, dass die *self-defense* oder die *defense of others* im Rettungsfolterfall Anwendung finden kann, lässt sich somit in den USA nicht durchsetzen.⁴⁸²

C. Folter als Grenze der *self-defense*

Vereinzelt wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die *self-defense* nicht nur durch Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit eingeschränkt wird. Im Gegenteil: Es muss eine obere Grenze dafür bestehen, was man zur Rettung Unschuldiger tun darf. So hat *Golash* argumentiert, dass ein Eingriff in elementare Persönlichkeitsrechte des einen selbst zum Schutz gleich wichtiger Rechte des anderen nicht erlaubt sein soll. Dementsprechend darf auch der Täter, der eine Zeitbombe gelegt hat, nicht in *self-defense* gefoltert werden. Denn das Recht darauf, die eigene Persönlichkeit zu behalten und eigene Entscheidungen zu treffen, zählt zu den unver-

⁴⁸⁰ Vgl. *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 269 (2010).

⁴⁸¹ Vgl. *Moore*, 23 Isr. L. Rev. 280, 323 (1989): "Terrorists who are captured do not now present a threat of using deadly force against their captors or others. Thus, the literal law of self-defense is not available to justify their torture."

⁴⁸² Die Autoren des Bybee-Memos möchten ihr Ergebnis auch darauf stützen, dass der Staat in der *ticking time bomb*-Situation angegriffen wird und das Recht zur Selbstverteidigung hat (vgl. Memorandum für Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A [1 Aug. 2002], S. 44 f.). Da es im hier interessierenden Rettungsfolterfall um inländische Kriminalität geht, muss auf dieses Argument nicht weiter eingegangen werden. Hier ist nur darauf hinzuweisen, dass dieses Argument ebenfalls nicht stichhaltig ist. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass die USA in der *ticking time bomb*-Szene zur Selbstverteidigung berechtigt sind (angesichts der Regelungen in der UN-Antifolterkonvention ist dies freilich nicht selbstverständlich. Vgl. dazu *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 222 n. 172 [2010]. Gegen die Anwendbarkeit der *self-defense* im Völkerrecht auch *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 271 [2010]), ist damit noch nicht gesagt, dass jedes Verhalten der Hoheitsträger gerechtfertigt werden kann. Die Berechtigung, einen Krieg zu führen, ist nämlich nicht mit der *justification*, wie man den Krieg führt, gleichzustellen: Auch ein gerechter Krieg rechtfertigt kein Kriegsverbrechen. Die Ansicht im Bybee-Memo übersieht jedoch diesen Unterschied, vermischt dadurch das staatliche Selbstverteidigungsrecht mit der strafrechtlichen *self-defense* und ist somit irreführend. Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 63 f.

äußerlichen Rechten jeder Person. Verneint man diese Rechte des Täters, negiert man seine Eigenschaft als Mensch. Zwar darf ein Polizeibeamter unter Umständen den Täter in dem Moment, in dem dieser gerade die Bombe zu zünden versucht, in *self-defense* oder zum Schutz der anderen durch Zufügung von Schmerzen an der Tat hindern oder ihn sogar erschießen. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass der Täter auch zur Erpressung der rettenden Informationen gefoltert werden dürfte. Denn selbst bei der Erschießung wird die freie Entscheidung des Täters, nicht nachzugeben, bis zum letzten Zeitpunkt nicht negiert. Die Rettungsfolter beeinträchtigt hingegen die Willensentscheidungsfreiheit des Täters, nimmt ihm seine Menschenwürde und persönliche Identität, setzt ihn als ein Werkzeug gegen sich selbst herab und missachtet ihn schließlich als Mensch. Deswegen muss auch die Rettungsfolter absolut verboten werden und darf nicht durch *self-defense* oder *defense of others* gerechtfertigt werden können.⁴⁸³

Diese Ansicht hebt – wie die h.M. in Deutschland – die Menschenwürde und Autonomie des Täters als die absolute Grenze des Notwehrrechts hervor. Obwohl eine solche zusätzliche Einschränkung der *self-defense* und *defense of others* aus deutscher Sicht durchaus möglich ist, wird sie heutzutage in den USA noch nicht weitgehend akzeptiert. Die traditionellen Einschränkungen des Notwehrrechts im US-amerikanischen Strafrecht kommen vielmehr vor allem beim Einsatz tödlicher Gewalt, in Provokationsfällen, bei (rechtswidrigen) Festnahmehandlungen der Polizei und durch die Rückzugspflicht sowie den Ausschluss des Notwehrrechts vom ursprünglichen Angreifer zum Vorschein.⁴⁸⁴ Ob die Menschenwürde und Autonomie des Täters an sich in Zukunft als eine weitere Einschränkung des Notwehrrechts anerkannt werden kann, bleibt noch zu beobachten. Angesichts der Tendenz in den letzten Jahrzehnten, die Rechte des Opfers gegenüber denen des Angreifers zu bevorzugen und dadurch das Notwehrrecht auszuweiten,⁴⁸⁵ wäre die allgemeine Anerkennung einer solchen Einschränkung des Notwehrrechts in den USA in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Auch in der heutigen Folterdebatte stellt zwar der Schutz der Menschenwürde und der Autonomie des Täters ein wichtiges Argument gegen Rettungsfolter dar. Dieser wird jedoch kaum im Zusammenhang mit *self-defense* oder *defense of others* zur Diskussion gestellt.

D. Zwischenergebnis

In den USA geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Hypothese nicht durch *self-defense* oder *defense of others*

⁴⁸³ Vgl. *Golash*, in: Lee (ed.), *Intervention*, S. 265 ff.

⁴⁸⁴ Zu diesen Einschränkungen in New York, siehe *Stauder*, *Die allgemeinen defenses*, S. 108 ff.

⁴⁸⁵ Zu dieser Tendenz, siehe *Wössner*, *Notwehr*, S. 197 ff.

gerechtfertigt werden kann. Denn zum Zeitpunkt der Folter fehlt die gegenwärtige Gewaltanwendung des Täters, der die Bombe vorher schon gelegt hat. Deshalb wird zwar in der US-amerikanischen Literatur die Frage, ob Rettungsfolter *justifiable* ist, häufig in Anlehnung an die Kriterien der *self-defense* diskutiert. Die Anwendbarkeit der *self-defense* oder *defense of others* wird jedoch *de lege lata* in den USA kaum vertreten.

VI. Rettungsfolter als defense of necessity

Da Rettungsfolter in den USA nicht durch *self-defense* oder *defense of others* gerechtfertigt werden kann, ist weiter zu erörtern, ob sie doch durch *defense of necessity* gerechtfertigt wird. In der Tat steht auch die Frage, ob die *defense of necessity* im Rettungsfolterfall Anwendung findet, im Mittelpunkt der Debatte über die strafrechtliche Bewertung der Rettungsfolter. Bevor auf diese Frage eingegangen wird, soll zunächst der Grundriss der *defense of necessity* im US-amerikanischen Strafrecht vermittelt werden.

A. Allgemeines zur defense of necessity

1. Geschichte der defense of necessity

a) *Defense of necessity* im traditionellen englischen common law

Die *defense of necessity* kann im englischen *common law* auf eine Geschichte von über fünf Jahrhunderten zurückblicken. In der Entscheidung zum Fall *Reniger v. Fogossa* aus dem Jahr 1551 kam die Ansicht schon zum Ausdruck, dass die Verletzung des Gesetzeswortlauts nicht auf das Brechen des Gesetzes selbst hindeutet, solange dadurch die Absicht des Gesetzes noch verfolgt wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter gegen den Wortlaut des Gesetzes handelt, um größere Unannehmlichkeiten zu vermeiden, oder wenn er die Tat aus *necessity* begeht.⁴⁸⁶ In

⁴⁸⁶ Vgl. *Reniger v. Fogossa*, 1 Pl. Com. 1, 18 (1551): “In every law there are some things which when they happen a man may break the words of the law and yet not break the law itself; [...] for breaking the words of the law is not breaking the law, so as the intent of the law is not broken. And [...] that is where the words of them are broken to avoid greater inconveniences, or through *necessity*, or by compulsion.” Ob diese Entscheidung – wie von zahlreichen Autoren behauptet wird – als ein direkter Beweis für die Existenz der *defense of necessity* (im heutigen Sinne) im *common law* geeignet ist, lässt sich jedoch bezweifeln. Denn bei genauer Betrachtung ergibt sich, dass sich die *defense of necessity* im modernen Sinne eigentlich nicht auf den Sachverhalt dieser Entscheidung anwenden lässt (siehe so auch *Glazebrook*, 30 Cambridge L.J. 87, 94 [1972]). Obwohl in der Entscheidung auch als Beispiel erwähnt wurde, dass die Flucht aus dem in Brand geratenen Gefängnis

der Literatur stellte die *defense of necessity* spätestens im 17. Jahrhundert sogar eines der am meisten diskutierten Probleme des Strafrechts in England dar.⁴⁸⁷ Die erste systematische Darstellung der Dogmatik der *defense of necessity* ist auf *Bacon*s Werk aus dem 16. Jahrhundert zurückführbar. Dabei hat er versucht, den Laien die 25 grundlegenden, auf Latein formulierten Maximen des *common law* zu erklären. Die fünfte Maxime lautet: *Necessitas inducit privilegium quoad iura privata (necessity introduces a privilege with respect to private rights)*.

Nach *Bacon* beruht die *defense of necessity* jedoch nicht auf irgendeiner utilitaristischen Interessenabwägung, sondern auf dem Defizit der Willensfreiheit und der mangelnden Entscheidungsmöglichkeit des Täters in der Notlage. Danach beschuldigt das Gesetz niemanden, der die Tat nicht freiwillig vornimmt. So wird derjenige nicht bestraft, der wegen der fehlenden Möglichkeit, sich anders zu verhalten, oder wegen der unüberwindbaren Störung der Urteilskraft zur Tat gezwungen wird.⁴⁸⁸ *Bacon* stellte drei Kategorien der *necessity* fest: *necessity of conservation of life*, *necessity of obedience* und *necessity of the act of God or of a stranger*. Aufgrund der *necessity of conservation of life* sind der Notdiebstahl, bei dem der Täter die Lebensmittel eines anderen stiehlt, um seinen gegenwärtigen Hunger zu stillen, und die Flucht aus dem in Brand geratenen Gefängnis zur Rettung des eigenen Lebens nicht strafbar. Auch im Fall „Brett des Carneades“ („Carneades-Fall“) wird es gerechtfertigt, wenn der Täter zum Schutz seines Lebens das Opfer von der Schiffplanke ins Wasser stößt.⁴⁸⁹ Bei der Darstellung der dritten Kategorie hat *Bacon* weiter anerkannt, dass der Täter, der im Kampf gegen einen Sturm die privaten Güter anderer über Bord wirft, nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, und dass das Abreißen einer Wand oder des Hauses einer anderen privaten Person zur Verhinderung der Ausbreitung eines Brandes sowie der Hausfriedensbruch gegen andere private Personen zum Schutz des eigenen Lebens ebenfalls *justifiable* sind.⁴⁹⁰

Zwar hat *Bacon* noch nicht zwischen *justification* und *excuse* differenziert, er befürwortete jedoch zumindest einen ziemlich weitgehenden Anwendungsbereich der *defense of necessity*. Von *Bacon*s Standpunkt sind allerdings die nachfolgenden

zur Rettung des eigenen Lebens nicht strafbar ist, soll der Täter danach dennoch nur *excused* werden.

⁴⁸⁷ Vgl. *D. Cohen*, Rechtshistorisches Journal 1985, S. 216.

⁴⁸⁸ Vgl. *Bacon*, *Elements*, S. 25: “The law chargeth no man with default where the act is compulsory, and not voluntary, and where there is not a consent and election; and therefor if either there be an impossibility for a man to do otherwise, or so great a perturbation of the judgment and reason as in presumption of law man’s nature cannot overcome, such necessity carrieth a privilege in itself.”

⁴⁸⁹ Vgl. ebenda.

⁴⁹⁰ Vgl. dazu ebenda, S. 27 f. Die *defense of necessity* findet nach *Bacon* keine Anwendung, wenn der Täter zum Schutz seiner eigenen Güter die Interessen des *Commonwealth* beeinträchtigt. Denn das Gesetz verpflichte jeden, die Interessen des Staates über sein Leben zu stellen.

Rechtswissenschaftler des *common law* teilweise abgewichen. Besonders zu bemerken ist dabei der Umstand, dass aufgrund des in den Revolutionen im 17. Jahrhundert entstandenen Gedankens, der großen Wert auf den Schutz privaten Eigentums legt,⁴⁹¹ die Anwendbarkeit der *defense of necessity* in den Fällen des Notdiebstahls spätestens im 18. Jahrhundert fast einhellig verneint wurde. So hat z.B. *Hale* zwar anerkannt, dass die Tötung eines Verbrechers während der Festnahme und das Unterdrücken eines Aufruhrs wegen der *necessity* zur Erhaltung des Friedens des Königreichs nicht strafbar sind.⁴⁹² Zudem ist die Zahlung von Geld an einen starken Feindstaat, damit dieser auf seinen Plan, das Königreich anzugreifen und auszuplündern, verzichtet, auch nicht wegen *treason* zu bestrafen, sondern erlaubt und rechtmäßig, weil insofern extreme *necessity* besteht und dadurch ein größerer Verlust des Königreichs vermieden wird.⁴⁹³ Hingegen kann der Täter des Notdiebstahls nicht durch die *defense of necessity* von Strafe befreit werden, denn sonst würde das Eigentum der Bürger zu sehr gefährdet.⁴⁹⁴

Ähnliche Ansichten vertrat später auch *Blackstone*. Bei ihm gibt es drei Erscheinungsformen von unvermeidlicher *necessity*, die zum Defekt des Willens des Täters und daher zur Straflosigkeit der Tat führen, nämlich: *obligation of civil subjection*, *duress per minas* und *choice of evils*.⁴⁹⁵ Bei der *duress per minas* ist der Täter zwar nicht wegen der Tat schuldig, die er aus Angst vor Tod oder Körperverletzung begangen hat. Dieses Prinzip soll jedoch nach *Blackstone* nur für die Straftaten gelten, die eine Gesellschaft per Gesetz regelt. Stellt die Tat hingegen einen Verstoß gegen das Gesetz Gottes dar, wird der Täter nicht von Strafe befreit. So wird der Täter auch wegen Mordes bestraft, wenn er zur Rettung seines eigenen Lebens einen Unschuldigen tötet. Denn er soll lieber selbst sterben als durch den Mord an einem Unschuldigen zu entkommen.⁴⁹⁶

Darüber hinaus lehnte *Blackstone* die Anwendbarkeit der *defense of necessity* auf Fälle von Notdiebstahl ausdrücklich ab. Denn sonst würde das Eigentum der Bürger in große Gefahr geraten, weil niemand das tatsächliche Bedürfnis des Täters bewerten kann. Zudem können die Armen die erforderlichen Lebensmittel von der Regierung bekommen und der König kann auch in extremen Fällen, in denen eine Bestrafung des Täters zu hart erscheint, diesen durch Gewährung eines Pardons

⁴⁹¹ Vgl. *D. Cohen*, Rechtshistorisches Journal 1985, S. 216 f.

⁴⁹² Vgl. *Hale*, Pleas of the Crown I, S. 53.

⁴⁹³ Vgl. ebenda, S. 56.

⁴⁹⁴ Vgl. ebenda, S. 54 f.

⁴⁹⁵ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 27 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. ebenda, S. 30. Andererseits vertrat *Blackstone* jedoch die Ansicht, dass der Täter im „Karneades-Fall“, der zum Schutz seines eigenen Lebens das Opfer von der Schiffplanke ins Wasser stößt, *excused* werden solle. Denn hier stellen sowohl der Täter als auch das Opfer, obwohl beide unschuldig sind, eine Gefahr füreinander dar, weshalb die Rettung des eigenen Lebens auf Kosten des Opfers aufgrund unvermeidbarer *necessity* und des Prinzips der *self-defense excusable* ist (Commentaries IV, S. 186).

verzeihen.⁴⁹⁷ Schließlich fallen nach *Blackstone* trotz des gleichen Terminus wie im heutigen US-amerikanischen Strafrecht nur begrenzte Fälle unter die Kategorie *choice of evils*. Dadurch werden nur solche sonst strafbare Handlungen gerechtfertigt, die die Täter zur Erfüllung ihrer (öffentlichen) Aufgaben vorgenommen haben, wie etwa die Festnahme eines Kapitalverbrechers oder die Unterdrückung eines Aufruhrs. Denn die Erhaltung des Friedens im Königreich und die Verhaftung von Verbrechern stellen im Vergleich zu den beeinträchtigten Gütern der Geschädigten – selbst zu ihrem Leben – überwiegende Interessen dar.⁴⁹⁸

Ende des 19. Jahrhunderts hat sich auch *Stephen* mit der Problematik der *necessity* befasst. Er lehnte zuerst die „compulsion by a husband over a wife“ und die „compulsion by threats of injury to person or property“ bzw. den Nötigungsnotstand als Gründe für die Straflosigkeit des Täters ab.⁴⁹⁹ Die *compulsion by necessity* bewertete er als „one of the curiosities of law“, die nur eine vage Kontur hat. Dennoch ging *Stephen* davon aus, dass man sich durchaus Fälle vorstellen kann, in denen unverzügliche, äußerst extreme *necessity* besteht, eine Alternative nicht vorliegt und die Sachzwänge deshalb so überwiegend sind, dass ein Verstoß gegen das Gesetz gerechtfertigt werden soll. So darf aufgrund der *choice of evils* z.B. ein Schiff zur Vermeidung eines Zusammenstoßes, der das Sinken des einen oder sogar der beiden Schiffe zur Folge haben würde, ein kleines Boot rammen, und bei der Geburt darf zur Rettung des Lebens der Mutter das Leben des Kindes geopfert werden. Auch im berühmten „Karneades-Fall“ sprach sich *Stephen* schließlich für die Straflosigkeit des Täters aus, denn Selbstaufopferung ist keinesfalls eine rechtliche Pflicht. Allerdings schätzte *Stephen* es als gefährlich ein, die *defense of necessity ex ante* vorzusehen. Denn viele Menschen würden im Einzelfall dazu neigen, diese Ausnahme in Anspruch zu nehmen.⁵⁰⁰

b) *Defense of necessity in den USA*

Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, dass die *defense of necessity* dem englischen *common law* zwar nicht fremd war, deren Anwendbarkeit jedoch im Prinzip auf begrenzte Fallgruppen eingeschränkt wurde. Hinzu kommt, dass sich die *defense of necessity* im traditionellen *common law* nicht sauber von den anderen *defenses*, wie etwa *self-defense*, *duress* und *law enforcement*, unterscheiden lässt. Daher steht in England immer noch der Zweifel, ob es im englischen *common law* überhaupt eine *defense of necessity* im heutigen Sinne, nämlich als eine der allgemeinen *defenses* gab.⁵⁰¹ Obwohl diese Probleme auch in der älteren US-amerikanischen

⁴⁹⁷ Vgl. ebenda, S. 31 f.

⁴⁹⁸ Vgl. *Blackstone*, Commentaries IV, S. 30 f.

⁴⁹⁹ Vgl. *Stephen*, History II, S. 105 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. ebenda, S. 108 ff.

⁵⁰¹ Diese Frage verneint z.B. *Glazebrook*, 30 Cambridge L.J. 87 (1972).

Rechtsprechung und Literatur existierten,⁵⁰² wird die *defense of necessity* in den USA weitgehend als ein Bestandteil des traditionellen *common law* anerkannt.⁵⁰³ Dies ist zwar nicht unproblematisch, wäre aber auch verständlich vor dem Hintergrund, dass die *necessity* schon in der älteren US-amerikanischen Rechtsprechung – trotz der geringen Zahl an relevanten Entscheidungen – tatsächlich als ein Grund für Straflosigkeit oder manchmal sogar als eine *justification* genannt wurde.

Auf Bundesebene hat z.B. im Jahr 1810 ein Circuit Court entschieden, dass der Verstoß gegen ein Embargo durch die verbotene Einfahrt in einen Hafen zum Schutz des Schiffes, der Ladung und der Besatzung vor dem Sturm nicht strafbar ist. Denn da die *necessity*, die keine andere Alternative zur Rettung des Lebens als gegen das Gesetz zu handeln hinterlässt, als eine *excuse* für die Taten, die sonst schwerwiegende Verbrechen wie etwa Hochverrat, Vatermord oder Mord darstellen würden, anerkannt wird, soll sie auch die Täter von mildereren Straftaten, bei denen niemand verletzt wird, von Strafe befreien können.⁵⁰⁴ Im Fall *United States v. Ashton* aus dem Jahr 1834 hat ein anderer Circuit Court entschieden, dass die Seeleute gerechtfertigt sind, den Ausfahrtbefehl ihres Kapitäns zu verweigern, wenn das Schiff nicht seetüchtig ist.⁵⁰⁵ Nach einer Entscheidung im Jahr 1897 kann die Versorgung mit Lebensmitteln in geringerer als der gesetzlich geregelten Menge gerechtfertigt sein, wenn die Seefahrt wegen schlechten Wetters viel länger als geplant dauerte und daher Mangel an Lebensmitteln auf dem Schiff bestand.⁵⁰⁶ Auch der U.S. Supreme Court hat in der Entscheidung zum Fall *Mitchell v. Harmony* aus dem Jahr 1851 impliziert, dass im Notfall die Armee das Eigentum privater Personen beschlagnahmen darf, um zu vermeiden, dass dieses in Feindeshand fällt.⁵⁰⁷ Im Jahr 1921 hat er in einer anderen Entscheidung die Ansicht zitiert, nach der die Flucht aus einem in Brand geratenen Gefängnis zur Rettung des eigenen Lebens nicht strafbar ist.⁵⁰⁸

In den Bundesstaaten finden sich ebenfalls einige Entscheidungen, in denen die *defense of necessity* zur Anwendung gebracht wurde.⁵⁰⁹ So darf z.B. eine Person das Haus und das Geschäft eines anderen zerstören, um die Ausbreitung eines

⁵⁰² So wurde z.B. die *self-defense* auch lange Zeit in den USA als eine Untergruppe der *necessity* angesehen. Eine rudimentäre Differenzierung zwischen den beiden erfolgte in der Rechtsprechung wohl erst im Fall *State v. Wooton* aus dem Jahr 1919, wobei der Richter die *self-defense* als *justification* der Abwehr gegen eine falsche Tat und die *necessity* als *justification* des Eingriffs in ein Recht definierte (vgl. *State v. Wooton*, Crim. No. 2685 [Cochise City, Ariz., 1919]).

⁵⁰³ Vgl. nur *Dressler*, Criminal Law, S. 291.

⁵⁰⁴ Vgl. *The William Gray*, 29 F. Cas. 1300, 1302 (C.C.C.D. N.Y. 1810).

⁵⁰⁵ Vgl. *United States v. Ashton*, 24 F. Cas. 873, 874 (C.C.D. Mass. 1834).

⁵⁰⁶ Vgl. *United States v. Reed*, 86 F. 308, 311 (C.C.S.D. N.Y. 1897).

⁵⁰⁷ Vgl. *Mitchell v. Harmony*, 54 U.S. 115 (1851).

⁵⁰⁸ Vgl. *Baender v. Barnett*, 255 U.S. 224, 226 (1921).

⁵⁰⁹ Vgl. *Arnolds/Garland*, 65 J. Crim. L. & Criminology 289, 292 (1974) m.w.N.

Brandes zu verhindern und die Gebäude nebenan zu schützen. Denn das private Recht des Opfers muss hinter die Interessen der Gesellschaft zurücktreten.⁵¹⁰ Ebenfalls wird gerechtfertigt, wenn eine Person das Eigentum einer anderen Person vernichtet, um die Ausbreitung ansteckender Krankheiten, wie etwa Pocken, zu unterbinden.⁵¹¹ Der Verkauf von alkoholischen Getränken ohne Lizenz ist zwar *prima facie* rechtswidrig, er wird jedoch erlaubt, wenn das verkaufte Getränk als notwendiges Medikament angewendet wird.⁵¹² Derjenige, der das unter seiner Vormundschaft stehende, sich in schlechter gesundheitlicher Verfassung befindende Kind von der Schule abholte, handelte nicht rechtswidrig, wenn dies zum Schutz der Gesundheit oder sogar des Lebens des Kindes erforderlich war.⁵¹³ Schließlich wurde Anfang des 20. Jahrhunderts noch anerkannt, dass die Deportation von ohne Genehmigung festgenommenen Streikenden in einen anderen Bundesstaat durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden kann, wenn der Täter in der vernünftigen Annahme handelt, dass die Verbringung zur Verhinderung eines Umsturzes der lokalen Regierung notwendig ist.⁵¹⁴

2. Voraussetzungen der defense of necessity

a) Allgemeines

Heutzutage wird *defense of necessity* in den USA fast einhellig als eine selbstständige, allgemeine *defense* angesehen. In jedem der 52 Justizsysteme stellt die *defense of necessity* ohne Ausnahme eine der strafrechtlichen *defenses* dar.⁵¹⁵ Auf Bundesebene wird die *defense of necessity* nicht kodifiziert. Anfang der 1970er Jahre dachte die National Commission on Reform of Federal Criminal Laws darüber nach, ob dem Strafrecht des Bundes eine *defense* mit dem Titel „Conduct which Avoids Greater Harm“ hinzugefügt werden soll. Dies hat die Kommission schließlich aufgegeben aus dem Grund, dass selbst die beste Formulierung im Gesetz eine potenzielle Ursache für unerwartete Schwierigkeiten in normalen Fällen sein könnte und daher eine Kodifizierung zu voreilig wäre. Die relevanten Probleme

⁵¹⁰ Vgl. *Surocco v. Geary*, 3 Cal. 69, 73 (1853): “The common law adopts the principles of the natural law, and places the justification of an act otherwise tortious precisely on the same ground of necessity. [...] A house on fire, or those in its immediate vicinity which serve to communicate the flames, becomes a nuisance, which it is lawful to abate, and the private rights of the individual yield to the considerations of general convenience and the interests of society. Were it otherwise, one stubborn person might involve a whole city in ruin, by refusing to allow the destruction of a building which would cut off the flames and check the progress of the fire, and that, too, when it was perfectly evident that his building must be consumed.”

⁵¹¹ Vgl. *Seavey v. Preble*, 64 Me. 120 (1874).

⁵¹² Vgl. *State v. Wray*, 72 N.C. 253, 255–256 (1875).

⁵¹³ Vgl. *State v. Jackson*, 71 N.H. 552 (1902).

⁵¹⁴ Vgl. *State v. Wootton*, Crim. No. 2685 (Cochise City, Ariz., 1919).

⁵¹⁵ Vgl. *Martin*, 73 U. Cin. L. Rev. 1527, 1535 (2005).

me lassen sich nach Meinung der Mehrheit der Kommission dadurch lösen, dass die Staatsanwaltschaft im Einzelfall innerhalb ihres Spielraums frei entscheidet, ob eine Anklage erhoben werden soll.⁵¹⁶

Der gescheiterte Versuch zur Kodifizierung bedeutet freilich nicht, dass die *defense of necessity* auf Bundesebene keine Anwendung finden kann. Zwar ist der U.S. Supreme Court insofern ziemlich zurückhaltend, dass er es noch für eine „offene Frage“ hält, ob die Gerichte auf der Bundesebene überhaupt die Befugnis haben, eine nicht gesetzlich geregelte *necessity defense* anzuerkennen.⁵¹⁷ Zahlreiche Bundesgerichte gehen jedoch seit Langem in ihren Entscheidungen davon aus, dass eine solche *defense* existiert, und haben sich im Einzelfall mit den Fragen, wie die Voraussetzungen der *defense of necessity* lauten und ob sie im konkreten Fall vorliegen, beschäftigt.⁵¹⁸ Neuerdings hat der U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit die Anwendbarkeit der *defense of necessity* auf Bundesebene noch einmal ausdrücklich bejaht.⁵¹⁹

In den Bundesstaaten gewährt die *necessity* auch eine strafrechtliche *defense* für die Handlungen, die sonst Straftaten darstellen würden. Vor allem unter dem Einfluss des MPC⁵²⁰ ist heute die *defense of necessity* in 19 Bundesstaaten kodifiziert. Dabei herrscht allerdings kein einheitlicher Terminus. Im MPC wird z.B. die *defense* mit dem Begriff *choice of evils*⁵²¹ genannt, welcher von einigen Bundesstaaten⁵²² übernommen wird. Die anderen Bundesstaaten verwenden hingegen die Termini *necessity*,⁵²³ *necessity defense*,⁵²⁴ *competing harms*⁵²⁵ oder sogar *justifica-*

⁵¹⁶ Vgl. Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws § 601 (1971), Comment.

⁵¹⁷ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 490 (2001): “There is an open question whether federal courts ever have authority to recognize a necessity defense not provided by statute.”

⁵¹⁸ Vgl. z.B. *United States v. Cassidy*, 616 F.2d 101, 102 (4th Cir. 1979); *United States v. Quilty*, 741 F.2d 1031, 1033 (7th Cir. 1984); *United States v. Montgomery*, 772 F.2d 733, 736–737 (11th Cir. 1985); *United States v. Kabat*, 797 F.2d 580, 590–592 (8th Cir. 1986); *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 693 (9th Cir. 1989); *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193 (9th Cir. 1991); *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 26–29 (1st Cir. 2001); *United States v. Patton*, 451 F.3d 615, 638 (10th Cir. 2006).

⁵¹⁹ Vgl. *United States v. DeChristopher*, 695 F.3d 1082, 1096 (10th Cir. 2012).

⁵²⁰ Vgl. *Kadish*, 87 Cal. L. Rev. 943, 967 (1999). Vor dem MPC wurde die *defense of necessity* nur im Bundesstaat Wisconsin kodifiziert (vgl. Wis. Stat. Ann. § 939.47).

⁵²¹ Vgl. MPC § 3.02.

⁵²² Vgl. die Strafgesetze in Arkansas (Ark. Code Ann. § 5-2-604), Colorado (Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702), Delaware (Del. Code Ann. tit. 11, § 463), Hawaii (Haw. Rev. Stat. Ann. § 703-302), Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030), Nebraska (Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1407) und Oregon (OR. Rev. Stat. § 161.200).

⁵²³ Vgl. die Strafgesetze in Alaska (Alaska Stat. § 11.81.320), Illinois (720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/7-13), New Jersey (N.J. Stat. Ann. § 2C:3-2 a), Tennessee (Tenn. Code Ann. § 39-11-609), Texas (Tex. Penal Code Ann. § 9.22) und Wisconsin (Wis. Stat. Ann. § 939.47).

⁵²⁴ Vgl. das Strafgesetz in Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-417).

tion generally.⁵²⁶ Selbst in den Bundesstaaten, in denen die *defense of necessity* nicht im Strafgesetz kodifiziert ist, kann sie in der Rechtsprechung Anwendung finden.⁵²⁷ So wird z.B. die *defense of necessity* ebenfalls von den Gerichten in Kalifornien berücksichtigt, auch wenn sie eigentlich dort nicht im *Penal Code* steht.⁵²⁸ Ebenso ist die *defense of necessity* in Florida zwar nicht kodifiziert, sie wird jedoch von der Rechtsprechung anerkannt⁵²⁹ und durch die vom Supreme Court of Florida erlassene „Standard Jury Instructions in Criminal Cases“ miterfasst.⁵³⁰ In ähnlicher Weise existiert auch die *defense of necessity* trotz fehlender Kodifizierung in der Rechtsprechung des Bundesstaates Massachusetts.⁵³¹ Nichts anderes gilt des Weiteren beispielsweise in den Bundesstaaten South Carolina⁵³² und Iowa.⁵³³

Wenngleich umstritten, stuft die ganz überwiegende Ansicht in den USA die *defense of necessity* dennoch als eine *justification* ein. So wird sie nicht nur im MPC, sondern auch in fast allen Bundesstaaten, in denen die *defense of necessity* kodifiziert wird, unter dem Titel „justification“ vorgesehen. Auch die Rechtsprechung sieht die *defense of necessity* als eine *justification* an,⁵³⁴ teilweise sogar – zu Unrecht – als Synonym der *justification*.⁵³⁵ Obwohl die *defense of necessity* fast einhellig dadurch gekennzeichnet ist, dass der Täter trotz Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale von Strafe befreit wird, wenn seine Tat auf den Schutz eines wichtigen Interesses abzielt, existiert keine einzige Definition für die *defense of necessity*, die von allen Justizsystemen der USA akzeptiert wird. Die Autoren des MPC sehen z.B. fünf Voraussetzungen für die *defense of necessity* vor:

1. Der Täter muss sein Verhalten für notwendig zur Abwendung eines Übels halten;

⁵²⁵ Vgl. die Strafgesetze in Maine (17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103) und New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3).

⁵²⁶ Vgl. die Strafgesetze in Missouri (Mo. Rev. Stat. § 563.026), New York (N.Y. Pen. Law § 35.05 2) und Pennsylvania (18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503).

⁵²⁷ Vgl. *Martin*, 73 U. Cin. L. Rev. 1527, 1535 n. 29 (2005) m.w.N.

⁵²⁸ Vgl. nur *People v. Weber*, 162 Cal. App. 3d Supp. 1 (1984).

⁵²⁹ Vgl. nur *Muro v. State*, 445 So.2d 374 (Fla. 3d DCA 1984).

⁵³⁰ Vgl. Standard Jury Instructions in Crim. Cases (97-2), 723 So.2d 123 (Fla. 1998).

⁵³¹ Vgl. *Commonwealth v. Schuchardt*, 557 N.E.2d 1380, 1381 (Mass. 1990).

⁵³² Vgl. *State v. W.M.S.*, 465 S.E.2d 580, 582 (S.C. 1995).

⁵³³ Vgl. *State v. Walton*, 311 N.W.2d 113, 114–115 (Iowa 1981).

⁵³⁴ Vgl. z.B. *United States v. Duclos*, 214 F.3d 27, 33 (1st Cir. 2000); *United States v. Smith*, 160 F.3d 117, 123 (2d Cir. 1998); *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129, 1133 (6th Cir. 1993).

⁵³⁵ Vgl. *United States v. Simpson*, 460 F.2d 515 (9th Cir. 1972); *United States v. Crown*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7443 (S.D.N.Y. 2000). Die *defense of necessity* soll eigentlich nur eine der *justifications* darstellen, sie ist nicht identisch mit der *justification* als einem Oberbegriff für zahlreiche *defenses*, wie etwa *self-defense*. Vgl. *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129, 1133 (6th Cir. 1993): “The parties use the terms ‘justification’ and ‘necessity’ as if they were interchangeable. They are not. ‘Justification,’ and its counterpart, ‘excuse,’ are terms for general categories of defenses.”

2. das Übel, das der Täter abzuwenden sucht, muss größer sein als das, das durch das einschlägige Strafgesetz, dessen Verletzung man dem Täter vorwirft, verhindert werden soll;
3. die Abwägung der abgewendeten und verursachten Übel erfolgt nicht nach der persönlichen Bewertung des Täters, sondern nach dem Urteil des Richters oder der Jury;
4. der Gesetzgeber darf nicht schon vorher entschieden haben, welchem der widerstreitenden Interessen Vorrang gewährt werden soll;
5. die *defense of necessity* schließt die Strafbarkeit der rücksichtslosen oder fahrlässigen Delikte nicht aus, wenn der Täter die Notstandslage rücksichtslos oder fahrlässig hervorgerufen hat.⁵³⁶

Die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der *defense of necessity* in den Bundesstaaten weichen jedoch im Prinzip mehr oder weniger vom Vorschlag des MPC ab und sind auch untereinander verschieden. Selbst die Bundesgerichte können sich nicht auf die Voraussetzungen der *defense of necessity* einigen. Ein Teil der Rechtsprechung hebt drei Bedingungen hervor:

1. die fehlende rechtmäßige Alternative dazu, gegen das Gesetz zu verstoßen;
2. die Gegenwärtigkeit des abzuwendenden Schadens und
3. die direkte Kausalität zwischen dem Verhalten des Täters und der Vermeidung des Schadens.⁵³⁷

Nach einem anderen Teil der Rechtsprechung müssen hingegen die folgenden vier Voraussetzungen vorliegen:

1. Der Täter stand vor der Wahl der Übel und hat das kleinere Übel gewählt;
2. der Täter handelte zur Abwendung eines gegenwärtigen Schadens;
3. der Täter sieht in vernünftiger Weise eine direkte Kausalität zwischen seinem Verhalten und der Vermeidung des Schadens;
4. der Täter hat keine Alternative, als gegen das Gesetz zu handeln.⁵³⁸

Ein dritter Teil der Rechtsprechung unterstreicht wiederum den vernünftigen Glauben des Täters an die Erforderlichkeit seines Verhaltens.⁵³⁹ Ein vierter Teil der

⁵³⁶ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 11 ff.

⁵³⁷ Vgl. *United States v. DeChristopher*, 695 F.3d 1082, 1096 (10th Cir. 2012): “To succeed on a necessity defense, a defendant must show (1) there is no legal alternative to violating the law, (2) the harm to be prevented is imminent, and (3) a direct, causal relationship exists between defendant’s action and the avoidance of harm.” Siehe so auch *United States v. Baker*, 508 F.3d 1321, 1325 (10th Cir. 2007).

⁵³⁸ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001): “The necessity defense requires the defendant to show that he (1) was faced with a choice of evils and chose the lesser evil, (2) acted to prevent imminent harm, (3) reasonably anticipated a direct causal relationship between his acts and the harm to be averted, and (4) had no legal alternative but to violate the law.” Vgl. so auch *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 693 (9th Cir. 1989); *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 195 (9th Cir. 1992); *United States v. Turner*, 44 F.3d 900, 902 (10th Cir. 1995).

Rechtsprechung verlangt sogar fünf Voraussetzungen für die *defense of necessity*. Darunter fallen u.a., dass die drohende Gefahr unrechtmäßig sein und die Besorgnis über Tod oder eine schwere Körperverletzung erregen können muss, dass der Täter die Notsituation nicht schuldhaft verursacht und dass das Verhalten des Täters nicht länger als absolut erforderlich andauert.⁵⁴⁰

Trotz der verschiedenen Formulierungen lässt sich im Grunde genommen feststellen, dass die *defense of necessity* in den USA folgende Bedingungen voraussetzt: Hinsichtlich der Notstandslage muss eine gegenwärtige Gefahr des Schadenseintritts vorliegen, die nicht auf eine andere rechtmäßige Weise oder mit einem anderen, weniger einschneidenden Mittel abwendbar ist, oder der Täter muss zumindest vernünftigerweise vom Vorliegen einer solchen Gefahr ausgehen. Zudem darf die Gefahr nicht durch schuldhaftes Handeln des Täters verursacht werden. Was die Notstandshandlung angeht, so muss dafür das Verhalten des Täters zur Abwendung des Schadens erforderlich sein oder der Täter muss zumindest im vernünftigen Glauben handeln, dass sein Verhalten zur Gefahrenabwehr geeignet ist. Hinzu kommt noch, dass die Auswahl der widerstreitenden Interessen nicht schon

⁵³⁹ Vgl. *United States v. Cassidy*, 616 F.2d 101, 102 (4th Cir. 1979): “[E]ssential elements of the defense are that defendants must have reasonably believed that their action was necessary to avoid an imminent threatened harm, that there are no other adequate means except those which were employed to avoid the threatened harm, and that a direct causal relationship may be reasonably anticipated between the action taken and the avoidance of the harm.” Siehe so auch *United States v. Jacobs*, 704 F. Supp. 629 (E.D.N.C. 1988).

⁵⁴⁰ Vgl. *United States v. Grainger*, 239 Fed. Appx. 188, 190 (6th Cir. 2007): “A jury instruction on the defense of necessity is proper only if a defendant has produced evidence upon which a reasonable jury could conclude by a preponderance of the evidence that each of the following five circumstances exist: (1) that the defendant was under an unlawful and present imminent, and impending threat of such a nature as to induce a well-grounded apprehension of death or serious bodily injury; (2) that the defendant had not recklessly or negligently placed himself in a situation in which it was probable that he would be forced to choose the criminal conduct; (3) that the defendant had no reasonable, legal alternative to violating the law, a chance both to refuse to do the criminal act and also to avoid the threatened harm; (4) that a direct causal relationship may be reasonably anticipated between the criminal action taken and the avoidance of the threatened harm; and (5) that the defendant did not maintain the illegal conduct any longer than absolutely necessary.” Diese Voraussetzungen wurden eigentlich von den Entscheidungen zur *justification* des illegalen Besitzes von Schusswaffen abgeleitet (vgl. *United States v. Singleton*, 902 F.2d 471, 472–473 [6th Cir. 1990]), wobei nicht streng zwischen *duress* und *defense of necessity* differenziert wurde. Während die meisten Bundesgerichte sie nur noch als spezifische Voraussetzungen für die *justification* des illegalen Besitzes von Schusswaffen ansehen (dabei wird *justification* freilich als die einheitliche Rubrik für die *defenses of necessity, duress*, und die sog. *defense of justification* definiert, vgl. *United States v. Dutton*, 351 Fed. Appx. 269, 271–272 [10th Cir. 2009]), hat der *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit* jedoch in einigen Entscheidungen diese Voraussetzungen auf andere Fallgruppen ausgedehnt und als die Bedingungen der *defense of necessity* betrachtet. Siehe ähnlich auch *United States v. Milligan*, 17 F.3d 177, 181 (6th 1994).

durch Legislativentscheidung ausgeschlossen ist und dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse überwiegen oder sogar wesentlich überwiegen muss.⁵⁴¹

b) Notstandslage

Um die *defense of necessity* zu bejahen, muss der Täter mit einer „klaren und gegenwärtigen Gefahr“ für ein Rechtsgut bzw. einem nahe bevorstehenden Schaden oder Übel konfrontiert sein.⁵⁴² Zudem darf die Gefahr bzw. der Schaden nicht anders abwendbar sein.

aa) Notstandsfähiges Rechtsgut

Die Einschränkung im traditionellen *common law*, dass die *defense of necessity* nur zum Schutz des Lebens oder der Unversehrtheit des Körpers in Anspruch genommen werden darf, kommt zwar noch teilweise in der Rechtsprechung zum Ausdruck,⁵⁴³ wird heutzutage jedoch weitgehend aufgegeben. Dementsprechend sind notstandsfähig vielmehr alle Interessen, die die Gesellschaft anerkennen will und die nicht von der Rechtsordnung spezifisch verneint werden,⁵⁴⁴ seien es die öffentlichen Interessen,⁵⁴⁵ sei es privates Eigentum,⁵⁴⁶ seien es die Interessen eines anderen.⁵⁴⁷ Hingegen liegt kein gegenwärtiger Schaden vor, wenn das, was der Täter abzuwenden versucht, von der Rechtsordnung geschützt ist. Daher darf sich

⁵⁴¹ Zur Zusammenfassung der Voraussetzungen der *defense of necessity* in der Literatur, vgl. nur Dressler, Criminal Law, S. 291 ff.; LaFave, Criminal Law, S. 558 ff.; Cohan, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1609–1610 (2007); Ohlin, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 222 (2010).

⁵⁴² Vgl. *Commonwealth v. Leno*, 616 N.E.2d 453, 455 (Mass. 1993): “[T]he defendant is faced with a clear and imminent danger, not one which is debatable or speculative.”

⁵⁴³ Vgl. *State v. Cole*, 403 S.E.2d 117, 119 (S.C. 1991); *United States v. Milligan*, 17 F.3d 177, 181 (6th Cir. 1994); *United States v. Grainger*, 239 Fed. Appx. 188, 190 (6th Cir. 2007). Danach setzt die *defense of necessity* voraus, dass die Notlage die Besorgnis über Tod oder schwere Körperverletzung erregt. Auch in *Kentucky* geht die Rechtsprechung oft davon aus, dass die *defense of necessity* eine Gefahr für die Person des Notstandstäters voraussetzt (vgl. *Senay v. Commonwealth*, 650 S.W.2d 259, 260 [Ky. 1983]; *Damron v. Commonwealth*, 687 S.W.2d 138, 139 [Ky. 1985]), weshalb eine Gefahr für Eigentum keine *defense of necessity* begründen kann (*Greer v. Commonwealth*, 748 S.W.2d 674, 676 [Ky. App. 1988]). Diese Einschränkung lässt sich aber dem Wortlaut der Vorschrift hinsichtlich der *defense of necessity* in Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030) eigentlich nicht entnehmen.

⁵⁴⁴ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 47.

⁵⁴⁵ Die öffentlichen Interessen werden ausdrücklich als notstandsfähig geregelt in Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-417; Ark. Code Ann. § 5-2-604; Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702; Del. Code Ann. Tit. 11, § 463; 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/7-13; Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030; Mo. Rev. Stat. § 563.026; N.Y. Pen. Law § 35.05; OR. Rev. Stat. § 161.200; Wis. Stat. Ann. § 939.47.

⁵⁴⁶ Vgl. LaFave, Criminal Law, S. 558.

⁵⁴⁷ Vgl. MPC § 3.02; *United States v. Seward*, 687 F.2d 1270, 1276 (10th Cir. 1982).

z.B. der gegen Schwangerschaftsabbruch Protestierende nicht auf die *defense of necessity* berufen, wenn der Schwangerschaftsabbruch in dem Bundesstaat als ein verfassungsrechtlich anerkanntes Recht der Frauen gilt, weshalb die damit verbundene Verletzung des ungeborenen Kindes von der Rechtsordnung des Bundesstaates erlaubt ist.⁵⁴⁸ Auch die Existenz der Verfassung oder der Politik der Regierung als solche stellt keinen Schaden im Sinne der *defense of necessity* dar.⁵⁴⁹

bb) Ursprung der Gefahr

Etwas problematischer ist die Frage hinsichtlich der Quelle der Gefahr. Im traditionellen *common law* wird die *defense of necessity* von der *defense of duress* vor allem dadurch unterschieden, dass bei der *defense of duress* die Gefahr auf das Verhalten der Menschen und bei der *defense of necessity* auf die Naturkräfte zurückgeht. Danach muss also der Ursprung der Gefahr bei der *defense of necessity* auf die Naturkräfte (*natural physical forces*) zurückzuführen sein.⁵⁵⁰ Diese Differenzierung wurde im Jahr 1980 vom U.S. Supreme Court bestätigt⁵⁵¹ und herrscht heutzutage noch in einigen Bundesstaaten vor. So ist z.B. im Bundesstaat Wisconsin ausdrücklich vorgesehen, dass die Anwendbarkeit der *defense of necessity* auf die Abwendung der von Naturkräften verursachten Gefahren beschränkt wird.⁵⁵² Daher wird beispielsweise das Spritzen von Heroin aus Sucht nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, weil Heroinsucht keine Naturkraft darstellt.⁵⁵³ Ebenfalls begründet die hohe Kriminalität in der Umgebung keine *defense of necessity* für die Straftat *carrying concealed weapon*. Denn Kriminalität ist keine Naturkraft.⁵⁵⁴ In der heutigen Literatur sprechen sich ebenfalls einige Autoren für diese Differenzierung aus.⁵⁵⁵

Die h.M. in den USA lehnt allerdings eine solche Einschränkung der *defense of necessity* ab. Sie kommt nach einigen Bundesgerichten z.B. auch in Betracht im Fall des illegalen Besitzes von Schusswaffen zur Verteidigung gegen den mög-

⁵⁴⁸ Vgl. *Cyr v. State*, 887 S.W.2d 203 (Tex. App. 1994); *State v. O'Brien*, 784 S.W.2d 187 (Mo. App. 1989).

⁵⁴⁹ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 197 (9th Cir. 1991).

⁵⁵⁰ Vgl. *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision, S. 121.

⁵⁵¹ Vgl. *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 409–410 (1980): “While the defense of duress covered the situation where the coercion had its source in the actions of other human beings, the defense of necessity, or choice of evils, traditionally covered the situation where physical forces beyond the actor’s control rendered illegal conduct the lesser of two evils.” Dabei hat der U.S. Supreme Court allerdings die Frage offengelassen, ob diese im traditionellen *common law* anerkannte Differenzierung heutzutage noch durchzusetzen ist.

⁵⁵² Vgl. Wis. Stat. Ann. § 939.47: “Pressure of natural physical forces [...] is a defense.”

⁵⁵³ Vgl. *State v. Anthuber*, 549 N.W.2d 477 (Wis. App. 1996).

⁵⁵⁴ Vgl. *State v. Hamdan*, 665 N.W.2d 785, 795 (Wis. 2003).

⁵⁵⁵ Vgl. z.B. *Hall*, Criminal Law, S. 257: “Necessity is similar to duress. However, whereas duress is created by human pressures, necessity comes about by natural forces.”

lichen Angriff eines anderen⁵⁵⁶ oder wenn der Täter eine Schusswaffe nur deshalb besitzt, weil er dadurch einen anderen an der Benutzung dieser als Waffe zur Verletzung eines Dritten verhindern will.⁵⁵⁷ Die Autoren des MPC haben auch keine Anforderung an den Ursprung der Gefahr bei der *defense of necessity* gestellt.⁵⁵⁸ Insofern wird dem Standpunkt des MPC von der ganz überwiegenden Zahl der Bundesstaaten, in denen die *defense of necessity* kodifiziert ist, gefolgt. So spielt es z.B. für die Bejahung der *defense of necessity* nach dem Strafgesetz in New York gar keine Rolle, ob die abzuwendende Gefahr von Naturkräften stammt.⁵⁵⁹ Nichts anderes gilt in den meisten anderen Bundesstaaten. Schon in den 1970er Jahren hat der Iowa Supreme Court ausdrücklich anerkannt, dass die *defense of necessity* auch bei der Abwendung einer von Menschen verursachten Gefahr anwendbar ist.⁵⁶⁰ So ist es auch der Fall im Bundesstaat Massachusetts.⁵⁶¹ In der Literatur verneint die h.L. auch die Beschränkung hinsichtlich des Ursprungs der Gefahr. Denn die Ratio der *defense of necessity* besteht gerade darin, dass der Täter ein kleines Übel wählt und somit die Interessen der ganzen Gesellschaft „maximiert“.⁵⁶² Vor diesem Hintergrund soll es keinen Unterschied machen, ob der Täter eine vom Menschen oder eine von der Natur verursachte Gefahr abwendet.⁵⁶³ Die Differenzierung *natural versus human* ist also nicht stichhaltig.⁵⁶⁴

Zu beachten ist andererseits, dass in einigen Bundesstaaten das (Mit-)Verschulden des Täters an der Verursachung der Notlage die *defense of necessity* ausschließen kann. So ist z.B. im Strafgesetz von New York ausdrücklich vorgesehen, dass die *defense of necessity* nur dann Anwendung findet, wenn die Notlage ohne Ver-

⁵⁵⁶ Vgl. *United States v. Schulte*, 7 F.3d 698 (11th Cir. 1993); *United States v. Salgado-Ocampo*, 159 F.3d 322, 325-27 (7th Cir. 1998). Siehe so auch *United States v. Nolan*, 700 F.2d 479, 484 n.1 (9th Cir. 1983). Dabei hat das Gericht zwar erwähnt: “Necessity is the defense one pleads when circumstances force one to perform a criminal act. Duress, or coercion, applies when human beings force one to act.” Auf der anderen Seite ging es aber davon aus: “Necessity applies to other crimes committed in defending oneself, such as possession of firearms.”

⁵⁵⁷ Vgl. *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129 (6th Cir. 1993).

⁵⁵⁸ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 16.

⁵⁵⁹ Vgl. *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 83.

⁵⁶⁰ Vgl. *State v. Reese*, 272 N.W.2d 863, 866 (Iowa 1978). Siehe weiter *State v. Walton*, 311 N.W.2d 113, 114–115 (Iowa 1981): “It is true this court early recognized the defense of necessity [...]. Although historically this defense involved only physical forces, [...] we held it applicable in cases of human forces directed against the person.”

⁵⁶¹ Vgl. *Commonwealth v. Garuti*, 504 N.E.2d 357, 365 (Mass. App. 1987).

⁵⁶² Vgl. *United States v. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691, 695 (9th Cir. 1984): “The theory of necessity is that the defendant’s free will was properly exercised to achieve the greater good and not that his free will was overcome by an outside force as with duress.”

⁵⁶³ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 48 f., 54 f.

⁵⁶⁴ Vgl. *Dressler*, Criminal Law, S. 193: “[T]his natural-versus-human distinction is indefensible.”

schulden des Täters entstanden oder entwickelt worden ist.⁵⁶⁵ Diese Einschränkung gilt streng und „erstreckt sich ohne Abstufung nach dem Grad der Vorwerfbarkeit oder nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten auf jegliches Vorverschulden des Akteurs“,⁵⁶⁶ sodass „jede Form einer vorwerfbaren Verantwortlichkeit“,⁵⁶⁷ wenn auch nur Rücksichtslosigkeit (*recklessness*) oder Fahrlässigkeit (*negligence*),⁵⁶⁸ zu einem Ausschluss der *defense of necessity* führt. Dieselbe Formulierung existiert auch in den Strafgesetzen von Delaware⁵⁶⁹ und Missouri.⁵⁷⁰ Ähnliche Regelungen finden sich zudem in den Strafgesetzen von Colorado⁵⁷¹ und Illinois,⁵⁷² wonach die Notlage nicht durch Verhalten oder mit Vorwerfbarkeit des Täters entstanden oder entwickelt worden sein darf.

Dieser Standpunkt ist in der Literatur mangels Abstufung nach dem Grad der Vorwerfbarkeit auf Kritik gestoßen. Denn so würde z.B. der Täter, der einen Waldbrand fahrlässig verursacht, mit dem, der einen Waldbrand absichtlich stiftet, gleichgestellt: Beide würden wegen vorsätzlicher Brandstiftung (*arson*) bestraft, wenn sie nachher zur Bekämpfung des Brandes einen anderen Teil des Waldes zur Schaffung einer Brandschneise anzünden.⁵⁷³ Daher haben die Autoren des MPC einen milderen Weg eingeschlagen, indem sie in § 3.02 (2) geregelt haben, dass die *defense of necessity* die Strafbarkeit der rücksichtslosen oder fahrlässigen Delikte nicht ausschließt, wenn der Täter die Notlage rücksichtslos oder fahrlässig hervorgerufen hat. Somit wird beim rücksichtslosen oder fahrlässigen Hervorrufen einer Notlage die Strafbarkeit des Täters auf rücksichtslos begehbare oder fahrlässige Delikte beschränkt, während das absichtliche oder wissentliche Provozieren die Anwendbarkeit der *defense of necessity* völlig beseitigt⁵⁷⁴ und die Strafbarkeit wegen Vorsatzdelikts zur Folge hat.⁵⁷⁵ So lauten auch die Regelungen in den Bundesstaaten Arkansas, Hawaii, Kentucky, Maine, Nebraska, New Hampshire und Penn-

⁵⁶⁵ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “a situation occasioned or developed through no fault of the actor”.

⁵⁶⁶ Vgl. *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 84.

⁵⁶⁷ Vgl. *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision, S. 136.

⁵⁶⁸ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 149 Fn. 45.

⁵⁶⁹ Vgl. Del. Code Ann. tit. 11, § 463.

⁵⁷⁰ Vgl. Mo. Rev. Stat. § 563.026 1.

⁵⁷¹ Vgl. dazu Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (1): “a situation occasioned or developed through no conduct of the actor”.

⁵⁷² Vgl. 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/7-13: “if the accused was without blame in occasioning or developing the situation”. Siehe auch *People v. James*, 535 N.E.2d 1147, 1150 (Ill. App. 1989).

⁵⁷³ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 35.

⁵⁷⁴ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 149.

⁵⁷⁵ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 564.

sylvania.⁵⁷⁶ Noch anders verhält es sich mit der Vorschrift in Arizona, wonach sich der Täter, der sich absichtlich, wissentlich oder rücksichtslos in eine Notlage begeben, nicht auf die *defense of necessity* berufen darf.⁵⁷⁷

cc) Gegenwärtigkeit des Schadens

Zur Bejahung der *defense of necessity* muss die abzuwendende Gefahr bzw. der bevorstehende Schaden gegenwärtig sein. Der MPC verlangt hingegen keine „Gegenwärtigkeit“ des bevorstehenden Schadens. Danach geht es fehl, die Gegenwärtigkeit als eine absolute Voraussetzung für die *defense of necessity* anzusehen, denn es kann Situationen geben, in denen eine sonst illegale Handlung erforderlich für die Abwendung eines Übels ist, das erst in der Zukunft eintritt.⁵⁷⁸ Diese Ansicht wird zum Teil auch in der Literatur vertreten. So spricht sich z.B. *Robinson* gegen die Einschränkung der *defense of necessity* durch das Erfordernis der Gegenwärtigkeit aus. Da die *defense of necessity* sowieso nur dann Anwendung finden könne, wenn die Handlung des Täters zur Vermeidung eines Schadens erforderlich sei, stelle das Verlangen der Gegenwärtigkeit eine unangemessene und unnötige zusätzliche Einschränkung dar. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn der Täter im Einzelfall mangels gegenwärtiger Bedrohung im Vorfeld keine Maßnahme treffen darf, sodass er sich auf das Risiko einlassen muss, dass es schließlich zu spät wird, das von der Gesellschaft gewünschte Ergebnis zu erzielen.⁵⁷⁹ Ebenfalls hält *LaFave* die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit für überflüssig, denn die Gegenwärtigkeit des Schadens würde nichts anderes bedeuten, als dass dem Täter keine andere rechtmäßige Alternative zur Vermeidung des Schadens zur Verfügung steht.⁵⁸⁰

Diese Auffassung lässt sich aber in der Praxis kaum durchsetzen. Die Rechtsprechung auf Bundesebene verlangt immer, dass der zu vermeidende Schaden gegenwärtig oder unmittelbar sein muss.⁵⁸¹ So darf sich z.B. der HIV-positive Täter, der rechtswidrig in die USA einreist mit dem Wunsch, vor seinem Tod seine dort lebenden Kinder zu besuchen, nicht auf die *defense of necessity* berufen. Denn das positive HIV-Testergebnis deutet auf keinen gegenwärtigen Schaden hin, dass der

⁵⁷⁶ Vgl. Ark. Code Ann. § 5-2-604 (c); Haw. Rev. Stat. Ann. § 703-302 (2); Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030 (2); 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103 2; Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1407 (2); N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3 II; 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503 (b).

⁵⁷⁷ Vgl. Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-417 B.

⁵⁷⁸ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 17.

⁵⁷⁹ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 57.

⁵⁸⁰ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 563.

⁵⁸¹ Vgl. z.B. nur *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001); *United States v. Cassidy*, 616 F.2d 101, 102 (4th Cir. 1979); *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129, 1135 (6th Cir. 1993); *United States v. Kroncke*, 459 F.2d 697, 701 (8th Cir. 1972); *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 195 (9th Cir. 1992); *United States v. DeChristopher*, 695 F.3d 1082, 1096 (10th Cir. 2012); *United States v. Schulte*, 7 F.3d 698, 701 (11th Cir. 1993).

Täter bald sterben wird und seine Kinder nicht mehr sehen kann.⁵⁸² Ebenso wenig ist die *defense of necessity* anwendbar im Fall des unbefugten Betretens einer Militärbasis, um den Einsatz eines Atom-U-Boots zu verhindern. Denn der Einsatz eines Atom-U-Boots ruft noch keine gegenwärtige Gefahr hervor.⁵⁸³

Auch in den meisten Bundesstaaten wird die Gegenwartigkeit einer Gefahr oder eines Schadens als notwendige Voraussetzung der *defense of necessity* betrachtet. Die abzuwendende Gefahr im Sinne der *defense of necessity* muss also spezifisch, eindeutig und unmittelbar sein,⁵⁸⁴ sodass eine blitzschnelle (*split-second*) Entscheidung – also keine Zeit, an möglicherweise bestehende Gesetze zu denken – getroffen werden muss.⁵⁸⁵ Eine langfristige, spekulative Gefahr, wie etwa die Gefahr eines Atomkriegs⁵⁸⁶ oder ein möglicher Schaden zu einem unbestimmten zukünftigen Zeitpunkt⁵⁸⁷ begründet hingegen keine *defense of necessity*.⁵⁸⁸ In der Tat ist nur in sechs der Bundesstaaten, in denen die *defense of necessity* kodifiziert ist, die Gegenwartigkeit des Schadens nicht ausdrücklich als eine erforderliche Bedingung vorgesehen.⁵⁸⁹ Aber selbst in diesen sechs Bundesstaaten verlangt die Rechtsprechung in Illinois,⁵⁹⁰ Nebraska,⁵⁹¹ New Hampshire⁵⁹² und Pennsylvania⁵⁹³ dennoch ausdrücklich die Gegenwartigkeit des Schadens für die Bejahung der *defense of necessity*. Die Rechtsprechung aus zahlreichen Bundesstaaten ohne Kodifikation der *defense of necessity* sieht die Gegenwartigkeit ebenfalls als eine unentbehrliche Bedingung an.⁵⁹⁴ So wird z.B. in Kalifornien die Flucht aus dem Gefängnis nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, wenn der Täter zur Zeit der Flucht nicht tatsächlich verfolgt wurde von den Personen, die ihn zu töten drohten.⁵⁹⁵

⁵⁸² Vgl. *United States v. Cervantes-Flores*, 421 F.3d 825, 829 (9th Cir. 2005).

⁵⁸³ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001).

⁵⁸⁴ Vgl. nur *Commonwealth v. Lindsey*, 489 N.E.2d 666, 667 (Mass. 1986); *State v. Dansinger*, 521 A.2d 685, 688 (Me. 1987); *People v. Craig*, 585 N.E.2d 783, 787 (N.Y. App. 1991). Siehe auch *Downs v. State*, 244 S.W.3d 511, 516 (Tex. App. 2007): “‘Imminent’ means ‘ready to take place, near at hand, impending, hanging threateningly over one’s head, menacingly near.’”

⁵⁸⁵ Vgl. *Smith v. State*, 874 S.W.2d 269, 273 (Tex. App. 1994).

⁵⁸⁶ Vgl. *Andrews v. People*, 800 P.2d 607, 611 (Colo. 1990).

⁵⁸⁷ Vgl. *State v. Howley*, 920 P.2d 391, 396 (Idaho 1996).

⁵⁸⁸ Vgl. *State v. Warshow*, 410 A.2d 1000, 1002 (Vt. 1979).

⁵⁸⁹ Die sechs Bundesstaaten sind Alaska, Illinois, Nebraska, New Hampshire, New Jersey und Pennsylvania.

⁵⁹⁰ Vgl. *People v. Henderson*, 583 N.E.2d 1187, 1191 (Ill. App. 1991).

⁵⁹¹ Vgl. *State v. Cozzens*, 490 N.W.2d 184, 189 (Neb. 1992).

⁵⁹² Vgl. *State v. Fee*, 489 A.2d 606, 607 (N.H. 1985).

⁵⁹³ Vgl. *Commonwealth v. Markum*, 541 A.2d 347, 349 (Pa. 1988).

⁵⁹⁴ Vgl. nur *State v. Champa*, 494 A.2d 102 (R.I. 1985); *State v. W.M.S.*, 465 S.E.2d 580 (S.C. App. 1995); *State v. Korn*, 224 P.3d 480 (Idaho 2009); *Davis v. State*, 18 So.3d 842 (Miss. 2009).

⁵⁹⁵ Vgl. *People v. Richards*, 269 Cal. App. 2d 768, 778 (1969).

Auch in Massachusetts reicht die fernliegende Gefahr der Ausbreitung von AIDS für die Bejahung einer *defense of necessity* nicht aus.⁵⁹⁶ Ebenso wenig kann in Maryland das Risiko, in Zukunft aus bestimmten Gründen innere Blutungen zu erleiden, als eine von der *defense of necessity* verlangte gegenwärtige Gefahr bewertet werden.⁵⁹⁷

dd) Die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ des Schadens

Bei der *defense of necessity* darf des Weiteren der Schaden bzw. ein Übel nicht anders abwendbar sein, als durch das vom Gesetz verbotene Verhalten. Die *defense of necessity* entsteht also nicht aus der Entscheidung des Täters für die bevorzugte Verhaltensweise unter vielen Möglichkeiten, sondern aus der auftretenden Krise, die die anderen milderen Möglichkeiten ausschließt.⁵⁹⁸ Mit anderen Worten: Die Handlung des Täters muss zur Abwendung der Gefahr oder des Schadens erforderlich und darf nicht lediglich von diesem favorisiert sein.⁵⁹⁹ Besteht hingegen eine andere sichere Möglichkeit zur Abwendung der Gefahr, muss der Täter die weitere Ausführung der Tat sofort aufgeben.⁶⁰⁰ Diese Voraussetzung lässt sich bereits der Bezeichnung *necessity* entnehmen und ist in den USA ausnahmslos anerkannt. Steht dem Täter ein weniger hartes Mittel zur Verfügung, scheidet die *defense of necessity* automatisch aus.⁶⁰¹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter die Gefahr oder den Schaden in rechtmäßiger Weise abwenden kann.⁶⁰² Daher wird z.B. der Besitz einer abgesägten Schrotflinte zum Schutz der eigenen Familie nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, weil sich dieser Zweck schon durch den legalen Besitz einer normalen Schusswaffe erfüllen lässt.⁶⁰³ Auch der Besitz von Marihuana aus medizinischen Gründen ist strafbar, wenn die Möglichkeit einer legalen Behandlung besteht.⁶⁰⁴ Der Schmuggel von Medikamenten wie z.B. von Laetril, einem alternativen Präparat zur Krebsbehandlung, in die USA wird ebenfalls nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, weil der Täter die Erlaubnis der zuständigen Behörde beantragen muss.⁶⁰⁵

Aus demselben Grund wird die *defense of necessity* fast immer verneint in Fällen von zivilem Ungehorsam, d.h. der vorsätzlichen Verletzung eines Gesetzes zur

⁵⁹⁶ Vgl. *Commonwealth v. Leno*, 616 N.E.2d 453, 456 (Mass. 1993).

⁵⁹⁷ Vgl. *Marquardt v. State*, 882 A.2d 900, 924 (Md. Spec. App. 2005).

⁵⁹⁸ Vgl. *United States v. Seward*, 687 F.2d 1270, 1276 (10th Cir. 1982).

⁵⁹⁹ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 28 (1st Cir. 2001).

⁶⁰⁰ Vgl. *United States v. Milligan*, 17 F.3d 177, 181 (6th Cir. 1994).

⁶⁰¹ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 561.

⁶⁰² Vgl. *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 410 (1980).

⁶⁰³ Vgl. *United States v. Schulte*, 7 F.3d 698, 701 (11th Cir. 1993).

⁶⁰⁴ Vgl. *United States v. Burton*, 894 F.2d 188, 191 (6th Cir. 1990).

⁶⁰⁵ Vgl. *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235, 1239 (11th Cir. 1978).

sozialen oder politischen Demonstration, egal, ob das verletzte Gesetz als solches den Gegenstand der Demonstration darstellt (direkter ziviler Ungehorsam) oder nicht (indirekter ziviler Ungehorsam).⁶⁰⁶ Denn vor der Berufung auf die *defense of necessity* müssen alle rechtlichen Möglichkeiten – wie etwa den Congress zu beeinflussen zu versuchen, im nationalen Wahlverfahren mitzuwirken oder eine Rede in der Öffentlichkeit zu halten⁶⁰⁷ – ausgeschöpft werden, auch wenn diese eher nicht zu einer schnellen Änderung der unerwünschten Politik führen.⁶⁰⁸ Das widerrechtliche Eindringen in eine Militärbasis, um gegen die Atompolitik der USA zu protestieren,⁶⁰⁹ der Unfug in der Steuerbehörde zur Demonstration gegen die US-amerikanische Außenpolitik⁶¹⁰ oder das Eindringen in eine Abtreibungsklinik zur Demonstration gegen Schwangerschaftsabbruch⁶¹¹ werden daher nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt.

Keine Anwendung findet die *defense of necessity* des Weiteren z.B. in Fällen, in denen rechtzeitige staatliche Hilfe möglich ist oder die Gefahr durch die Hilfe Dritter erfolgreich abgewendet werden kann. So ist der Besitz eines gefährlichen Werkzeugs im Gefängnis nicht durch die *defense of necessity* erlaubt, wenn der Täter bei den Gefängnisaufsehern Schutz vor einem Angriff anderer Gefangener suchen kann.⁶¹² Das Eindringen in eine Militärbasis zur Rettung von Freunden ist auch nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt. Denn der Täter hätte die Genehmigung zum Betreten holen oder das Militärpersonal auf der Basis über die Situation informieren können.⁶¹³ Auch der Täter, der zum eigenen Schutz eine Schusswaffe illegal besitzt, wird nicht durch die *defense of necessity* von Strafe befreit, wenn er die Polizei anrufen kann.⁶¹⁴ Ebenfalls wird die *defense of necessity* abgelehnt, wenn ein Täter zur Einlieferung seiner kranken Freundin in ein Kran-

⁶⁰⁶ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 195-96 (9th Cir. 1992): “[C]ivil disobedience’ is the wilful violation of a law, undertaken for the purpose of social or political protest. Indirect civil disobedience involves violating a law or interfering with a government policy that is not, itself, the object of protest. Direct civil disobedience, on the other hand, involves protesting the existence of a law by breaking that law or by preventing the execution of that law in a specific instance in which a particularized harm would otherwise follow.”

⁶⁰⁷ Vgl. *United States v. Quilty*, 741 F.2d 1031, 1033 (7th Cir. 1984).

⁶⁰⁸ Vgl. *United States v. Sued-Jimenez*, 275 F.3d 1, 7 (1st Cir. 2001).

⁶⁰⁹ Vgl. nur *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 28–29 (1st Cir. 2001); *United States v. Quilty*, 741 F.2d 1031, 1033 (7th Cir. 1984); *United States v. Kabat*, 797 F.2d 580, 590–592 (8th Cir. 1982); *United States v. Dorrell*, 758 F.2d 427, 432 (9th Cir. 1985); *United States v. Seward*, 687 F.2d 1270, 1276 (10th Cir. 1982); *United States v. Montgomery*, 772 F.2d 733, 736-37 (11th Cir. 1985).

⁶¹⁰ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 198–199 (9th Cir. 1992).

⁶¹¹ Vgl. *Northeast Women’s Center, Inc. v. McMonagle*, 868 F.2d 1342, 1350–1352 (3d Cir. 1989).

⁶¹² Vgl. *United States v. Sahakian*, 453 F.3d 905, 911 (7th Cir. 2006).

⁶¹³ Vgl. *United States v. Mowat*, 582 F.2d 1194, 1208 (9th Cir. 1978).

⁶¹⁴ Vgl. *United States v. Salgado-Ocampo*, 159 F.3d 322, 327 (7th Cir. 1998).

kenhaus betrunken Auto fährt, obwohl andere, nicht betrunkene Personen hätten fahren können.⁶¹⁵

ee) Die Objektivität der Notstandslage

Die Frage, ob die Notstandslage tatsächlich vorliegen muss, um eine *defense of necessity* bejahen zu können, wird in den USA unterschiedlich beantwortet. Die Bundesgerichte gehen häufig davon aus, dass der „gegenwärtige Schaden“ eine „reale“ Notsituation, eine Krise mit unmittelbar bevorstehender Gefahr für den Täter selbst oder für einen anderen bedeutet.⁶¹⁶ Auch in einigen Bundesstaaten wird verlangt, dass die abzuwendende Gefahr wirklich existieren muss. So setzt z.B. in New York die *defense of necessity* voraus, dass eine tatsächliche Gefahr vorliegt und das Verhalten des Täters für eine Rechtsgutsbewahrung in der Tat erforderlich ist.⁶¹⁷ Eine vernünftige, aber falsche Annahme der Existenz einer gegenwärtigen Gefahr kann hingegen die *defense of necessity* nicht begründen.⁶¹⁸ Obwohl ein Teil der Untergerichte in New York dennoch eine vernünftige Annahme des Täters, dass eine Notstandslage vorliegt, für ausreichend halten würde,⁶¹⁹ stellt die objektive Existenz der Notstandslage für zahlreiche höhere Gerichte eine unentbehrliche Voraussetzung der *defense of necessity* dar.⁶²⁰ Die Formulierung im Strafgesetz von New York findet sich des Weiteren in den Bundesstaaten Arkansas, Colorado, Delaware, Missouri und Oregon.⁶²¹ Auch in einigen anderen Bundesstaaten, wie

⁶¹⁵ Vgl. *Stodghill v. State*, 892 So.2d 236 (Miss. 2005).

⁶¹⁶ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001): “[T]he term ‘imminent harm’ connotes a real emergency, a crisis involving immediate danger to oneself or to a third party.” Siehe auch *United States v. Seward*, 687 F.2d 1270, 1276 (10th Cir. 1982): “The defense of necessity [...] is [...] based on a real emergency.” Siehe auch *United States v. DeChristopher*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 106869, 11 (D. Utah 2009).

⁶¹⁷ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “Such conduct *is* necessary as an emergency measure to avoid an imminent public or private injury”. Siehe auch *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision, S. 136.

⁶¹⁸ Vgl. *Heberling*, 75 Colum. L. Rev. 914, 927 (1975); *Marrus/Castellano*, Offering Defense of Justification, in: Practice Insights of N.Y. CLS Penal § 35.05 on Lexis.

⁶¹⁹ Vgl. z.B. *People v. Gray*, 571 N.Y.S.2d 851, 854-55 (N.Y. City Crim. Ct. 1991). Danach ist nur für die Interessenabwägung der vernünftige Glaube des Täters nicht entscheidend.

⁶²⁰ Vgl. z.B. *People v. Eaddy*, 581 N.Y.S.2d 481, 483 (N.Y. App. Div. 1992): “New York’s justification defense is based upon an objective standard and is supported only where the impending injury is imminent and the emergency response is reasonably calculated to prevent the harm.” Siehe so auch *People v. Craig*, 585 N.E.2d 783, 786 (N.Y. App. 1991): “Unlike the Model Code which contains a standard for justifiability that is partially subjective [...], the New York statutory standard is, by its terms, objective.” Vgl. weiter *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 88 f. n. 79, 80 m.w.N.

⁶²¹ Vgl. Ark. Code Ann. § 5-2-604 (a)(1); Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (1); Del. Code Ann. tit. 11, § 463; Mo. Rev. Stat. § 563.026 1; OR. Rev. Stat. § 161.200 (1)(a).

etwa Louisiana⁶²² und Massachusetts,⁶²³ hält ein Teil der Rechtsprechung eine tatsächliche Notstandslage für eine erforderliche Voraussetzung der *defense of necessity*.

Einen anderen Weg gehen allerdings die Autoren des MPC. In § 3.02 (1) wird festgeschrieben, dass sogar ein schlichter Glaube des Täters an das Vorliegen der Notstandslage für die Bejahung einer *defense of necessity* ausreicht. Solange also der Täter selbst davon ausgeht, dass sein Verhalten für die Abwendung eines Schadens notwendig ist, steht ihm bereits die *defense of necessity* zur Verfügung. Dass die Notstandslage tatsächlich vorliegt, wird hingegen nicht verlangt. Eine Einschränkung besteht nur darin, dass der Täter dennoch wegen Rücksichtslosigkeit (*recklessness*) oder Fahrlässigkeit (*negligence*) bestraft werden kann, wenn er aufgrund eines rücksichtslosen oder fahrlässigen Irrtums das Vorliegen einer Notstandslage falsch einschätzt.⁶²⁴ Diesem Standpunkt im MPC wird von einigen Gesetzgebern der Bundesstaaten gefolgt. So wird ebenfalls auf den Glauben des Täters abgestellt in den Strafgesetzen der Bundesstaaten Hawaii, Kentucky, Maine, Nebraska, New Hampshire und Pennsylvania.⁶²⁵

In einigen anderen Bundesstaaten setzt die *defense of necessity* zwar nicht das tatsächliche Vorliegen einer Notstandslage voraus. Dort wollen die Gesetzgeber aber auch nicht so weit wie die Autoren des MPC gehen, wonach schon allein der Glaube des Täters entscheidend ist. Danach darf sich der Täter erst dann auf die *defense of necessity* berufen, wenn sein Glaube an das Vorliegen einer Notstandslage vernünftig ist. So wird die Vernünftigkeit des Glaubens als Voraussetzung der *defense of necessity* festgestellt in den Strafgesetzen der Bundesstaaten Arizona, Illinois, Tennessee und Texas.⁶²⁶ Ähnliches gilt auch in der Rechtsprechung einiger Bundesstaaten, in denen die *defense of necessity* nicht kodifiziert ist, wie etwa Florida,⁶²⁷ und in einem Teil der Rechtsprechung auf der Bundesebene.⁶²⁸

⁶²² Vgl. *State v. Jacobs*, 371 So.2d 801, 802 (La. 1979).

⁶²³ Vgl. *Commonwealth v. O'Kane*, 760 N.E.2d 291, 295 (Mass. App. 2001): “[T]he exigent danger must have been present in an objective sense.”

⁶²⁴ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 148.

⁶²⁵ Vgl. Haw. Rev. Stat. Ann. § 703-302 (1)(a); Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030 (1); 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103 I; Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1407 (1); N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3 I; 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503 (a).

⁶²⁶ Vgl. Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-417 A; 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/7-13; Tenn. Code Ann. § 39-11-609 (1); Tex. Penal Code Ann. § 9.22 (1); Wis. Stat. Ann. § 939.47.

⁶²⁷ Vgl. *Bozeman v. State*, 714 So.2d 570, 572 (Fla. App. 1998); *Reed v. State*, 2012 Fla. App. LEXIS 4999, 7 (Fla. App. 2012).

⁶²⁸ Vgl. *United States v. Cassidy*, 616 F.2d 101, 102 (4th Cir. 1979); *United States v. Jacobs*, 704 F. Supp. 629 (E.D.N.C. 1988).

c) Notstandshandlung

Was die Notstandshandlung angeht, muss das Verhalten des Täters für die Abwendung der Gefahr oder des Schadens geeignet sein und das geschützte Interesse muss das geschädigte überwiegen.

aa) Geeignetheit der Handlung

Die Bundesgerichte in den USA gehen immer davon aus, dass das Verhalten des Täters nur dann durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden kann, wenn es geeignet für die Abwendung der Gefahr oder des Schadens ist. Es muss also eine direkte Kausalität zwischen dem Verhalten des Täters und der Vermeidung der Gefahr oder des Schadens bestehen,⁶²⁹ zumindest muss der Täter aber vernünftigerweise an eine solche direkte Kausalität glauben können.⁶³⁰ So wird die *defense of necessity* in zahlreichen Fällen des zivilen Ungehorsams verneint, weil – selbst abgesehen von anderen Gründen, wie etwa der fehlenden Gegenwärtigkeit oder Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr – das Verhalten des Täters eigentlich nicht zur Vermeidung des behaupteten Schadens führen würde. Das illegale Betreten einer Marinebasis wird daher nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, weil es zu keiner Änderung der Marinepolitik⁶³¹ oder zur Verhinderung des Einsatzes eines Atom-U-Boots⁶³² führen könnte. Ebenso wenig darf sich der Täter auf die *defense of necessity* berufen, weil die Zerstörung des Eigentums eines Rüstungsunternehmens⁶³³ oder das Bespritzen der Mauern des Pentagons mit Blut⁶³⁴ nicht die Abschaffung der Atomwaffen zur Folge haben würde, das Eindringen in die Luftwaffenbasis und die Zerstörung von Regierungseigentum das Atomwaffenprogramm nicht verhindern kann⁶³⁵ und durch das Verbrennen von Regierungsdokumenten die durch den Vietnamkrieg verursachten Schäden nicht zu beheben sind.⁶³⁶

⁶²⁹ Vgl. *United States v. DeChristopher*, 695 F.3d 1082, 1096 (10th Cir. 2012): “To succeed on a necessity defense, a defendant must show [...] a direct, causal relationship exists between defendant’s action and the avoidance of harm.” Siehe so auch *United States v. Baker*, 508 F.3d 1321, 1325 (10th Cir. 2007).

⁶³⁰ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001): “The necessity defense requires the defendant to show that he [...] reasonably anticipated a direct causal relationship between his acts and the harm to be averted.” Siehe so auch *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 693 (9th Cir. 1989); *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 195 (9th Cir. 1992); *United States v. Turner*, 44 F.3d 900, 902 (10th Cir. 1995).

⁶³¹ Vgl. *United States v. Sued-Jimenez*, 275 F.3d 1, 7 (1st Cir. 2001); *United States v. Ayala*, 289 F.3d 16, 26 (1st Cir. 2002).

⁶³² Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 26 (1st Cir. 2001).

⁶³³ Vgl. *United States v. Montgomery*, 772 F.2d 733, 736 (11th Cir. 1985).

⁶³⁴ Vgl. *United States v. Cassidy*, 616 F.2d 101, 102 (4th Cir. 1979).

⁶³⁵ Vgl. *United States v. Dorrell*, 758 F.2d 427, 433–434 (9th Cir. 1985).

⁶³⁶ Vgl. *United States v. Simpson*, 460 F.2d 515, 518 (9th Cir. 1972).

Obwohl die Geeignetheit der Handlung nicht einmal in den Bundesstaaten als eine Voraussetzung der *defense of necessity* gesetzlich vorgesehen ist, ist sie nach der Rechtsprechung zahlreicher Bundesstaaten auch unentbehrlich für die Bejahung der *defense of necessity*.⁶³⁷ Der Täter darf sich also ebenfalls nicht auf die *defense of necessity* berufen, wenn sein Verhalten nicht vernünftigerweise auf die tatsächliche Vermeidung eines größeren Schadens gerichtet ist.⁶³⁸ Dementsprechend wird die *defense of necessity* im Fall des Unfugs bei einem Rüstungsunternehmen zur Verhinderung der Produktion militärischer Materialien verneint, weil das Verhalten des Täters nicht zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet ist.⁶³⁹ Die Störung der Ordnung in einer Abtreibungsklinik wird ebenfalls nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt, weil dadurch die Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch nicht beendet werden kann.⁶⁴⁰ Ebenso wird die *defense of necessity* abgelehnt, weil das Betreten einer Militärbasis das Risiko eines Atomkriegs nicht unmittelbar vermindern kann,⁶⁴¹ das Sprühen von Farben auf die Komponenten von Raketen deren weitere Produktion nicht verhindern würde,⁶⁴² die Besetzung eines Universitätsrektors nicht tatsächlich und unmittelbar zur Beendigung der Rassentrennung führt⁶⁴³ und das Eindringen in eine Testanlage für Schussweite den Versand der Waffen ins Ausland nicht verzögern kann.⁶⁴⁴

bb) Interessenabwägung bei der defense of necessity

(1) Überwiegendes Interesse

Die *defense of necessity* wird im Wesentlichen als eine utilitaristische *defense* verstanden.⁶⁴⁵ Die Ratio dieser *defense* besteht also darin, dass das Gesetz die Interessen der ganzen Gesellschaft zu maximieren versuchen muss, indem es die wichtigeren Werte auf Kosten der relativ unwichtigeren fördert, weshalb die höhere Summe der sozialen Gesamtinteressen manchmal durch Verletzung des Wortlauts

⁶³⁷ Ein Teil der Gerichte geht davon aus, dass die Voraussetzung der Geeignetheit eigentlich schon in der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr impliziert wird. Vgl. *State v. Cram*, 600 A.2d 733, 735 (Vt. 1991).

⁶³⁸ Vgl. nur *State v. Marley*, 509 P.2d 1095, 1109 (Haw. 1973): “[D]efendants remain unentitled to the defense of ‘necessity’ because their actions were not reasonably designed to actually prevent the threatened greater harm.”

⁶³⁹ Vgl. *State v. Marley*, 509 P.2d 1095, 1109 (Haw. 1973).

⁶⁴⁰ Vgl. *Cleveland v. Anchorage*, 631 P.2d 1073, 1079–1080 (Alaska 1981).

⁶⁴¹ Vgl. *State v. Dansinger*, 521 A.2d 685, 688 (Me. 1987).

⁶⁴² Vgl. *State v. Champa*, 494 A.2d 102, 105 (R.I. 1985).

⁶⁴³ Vgl. *Wilson v. State*, 777 S.W.2d 823, 825 (Tex. App. 1989).

⁶⁴⁴ Vgl. *State v. Cram*, 600 A.2d 733, 735–736 (Vt. 1991).

⁶⁴⁵ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 196 (9th Cir. 1991): “Necessity is, essentially, a utilitarian defense.”

des Strafgesetzes erreicht werden darf.⁶⁴⁶ Ein tatbestandsmäßiges und daher *prima facie* strafbares Verhalten läuft nämlich unter Umständen der Rechtsordnung eigentlich nicht zuwider, wenn dadurch größere Schäden verhindert werden und somit der übergeordnete Zweck der Rechtsordnung bzw. des Strafgesetzes, Schäden und Übel abzuwenden, erfüllt wird.⁶⁴⁷ Aus diesem Grund kommt die *defense of necessity* nur dann in Betracht, wenn das vom Täter geschützte Interesse die beeinträchtigten Güter überwiegt. Diese in den USA allgemein akzeptierte Voraussetzung der *defense of necessity* wird allerdings nicht einheitlich formuliert. Inzwischen existieren in der Rechtsprechung und der Gesetzgebung vor allem drei Formulierungen hinsichtlich der Anforderung der Interessenabwägung:

Die erste, in den USA weitgehend verbreitete Formulierung betont nur das Überwiegen des geschützten Interesses. So verlangen z.B. die Bundesgerichte, dass der Täter das kleinere von beiden Übeln wählen muss.⁶⁴⁸ In ähnlicher Weise muss nach dem MPC der Schaden oder das Übel, welches der Täter durch sein Verhalten abzuwenden sucht, „größer“ (*greater*) sein als der Schaden oder das Übel, welches durch das einschlägige Strafgesetz verhindert werden soll.⁶⁴⁹ In zahlreichen Bundesstaaten setzt die *defense of necessity* ebenfalls voraus, dass der abzuwendende öffentliche oder private Schaden „größer“ als der sein muss, der nach vernünftiger Erwartung durch das Verhalten des Täters verursacht würde,⁶⁵⁰ oder dass die Erwünschtheit (*desirability*) und Dringlichkeit zur Vermeidung des gegenwärtigen, öffentlichen oder privaten Schadens den Schaden, den das Gesetz durch Verbot der Handlung zu vermeiden sucht, überwiegen (*outweigh*) müssen.⁶⁵¹

Ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses genügt jedoch nicht immer für das Vorliegen einer *defense of necessity*. Während die Autoren des MPC vom reinen utilitaristischen Standpunkt ausgehen und keine weitere Einschränkung hinsichtlich der Interessenabwägung stellen wollen, wird in vielen Bundesstaaten eine zweite Formulierung der Interessenabwägung übernommen, nach der die *defense of necessity* nur dann Anwendung findet, wenn die Erwünschtheit und Dringlichkeit zur Abwendung des drohenden Schadens die Erwünschtheit zur Vermeidung des Schadens, der durch den betreffenden Tatbestand verhindert werden soll, wesent-

⁶⁴⁶ Vgl. *LaFave*, Criminal Law, S. 553.

⁶⁴⁷ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 144 f.

⁶⁴⁸ Vgl. *United States v. Maxwell*, 254 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2001): “The necessity defense requires the defendant to show that he [...] chose the lesser evil”. Vgl. so auch *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 693 (9th Cir. 1989); *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 195 (9th Cir. 1992); *United States v. Turner*, 44 F.3d 900, 902 (10th Cir. 1995).

⁶⁴⁹ Vgl. MPC § 3.02 (1)(a): “[T]he harm or evil sought to be avoided [...] is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged.”

⁶⁵⁰ Vgl. *Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 13-417 A; *Haw. Rev. Stat. Ann.* § 703-302 (1)(a); 720 Ill. Com. Stat. Ann. 5/7-13; *Ky. Rev. Stat. Ann.* § 503.030 (1); *Neb. Rev. Stat. Ann.* § 28-1407 (1)(a); 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503 (a)(1).

⁶⁵¹ Vgl. *Ark. Code Ann.* § 5-2-604 (a)(2); 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103; *Mo. Rev. Stat.* § 563.026 I; *N.H. Rev. Stat. Ann.* § 627:3 I.

lich überwiegen (*clearly outweigh*).⁶⁵² Danach muss also die Vermeidung der Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter gegenüber der Verhinderung der Gesetzesübertretung deutlich vorrangig sein, um eine *defense of necessity* anzunehmen.⁶⁵³ Zwar wird nicht weiter erklärt, ob diese Voraussetzung als materielle Einschränkung der *defense of necessity* bzw. als das Verlangen eines graduell gesteigerten Interessenübergewichts verstanden werden soll oder lediglich als eine Warnung für die Jury, die Interessenabwägung vorsichtig vorzunehmen und ein Überwiegen nur im zweifelfreien, deutlichen Fall anzunehmen.⁶⁵⁴ Jedenfalls zeigt sich dadurch, dass der Gesetzgeber in diesen Bundesstaaten die Anwendbarkeit der *defense of necessity* weiter einschränken will. So hält z.B. der Gesetzgeber in New York die Definition der *defense of necessity* im MPC für zu weit gefasst und nimmt sie daher nicht ins Strafgesetz auf. Dementsprechend geht die Rechtsprechung in New York davon aus, dass die *defense of necessity* streng ausgelegt werden muss, sodass sie nur bei denjenigen Handlungen anwendbar sein soll, die zwar formaljuristische Straftaten darstellen, aber „von niemandem als unrichtig angesehen würden“.⁶⁵⁵

Eine dritte, vor allem in der Rechtsprechung in Alaska zu findende Formulierung besagt, dass der vom Täter verursachte Schaden nicht außer Verhältnis (*not disproportionate*) zum abzuwendenden Schaden stehen darf.⁶⁵⁶ Ob diese Formulierung im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis als nach der ersten führen kann, ist unklar. Aus der Rechtsprechung in Alaska ergibt sich, dass dies eher nicht der Fall wäre. In der Tat kommt die erste Formulierung, nach der nur ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses für die Bejahung der *defense of necessity* erforderlich ist, in der Rechtsprechung in Alaska auch nicht selten zum Ausdruck.⁶⁵⁷

⁶⁵² Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “[T]he desirability and urgency of avoiding such injury clearly outweigh the desirability of avoiding the injury sought to be prevented by the statute defining the offense in issue.” Siehe so ähnlich Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (1); Del. Code Ann. tit. 11, § 463; OR. Rev. Stat. § 161.200 (1)(b); Tenn. Code Ann. § 39-11-609 (2); Tex. Penal Code § 9.22 (2).

⁶⁵³ Vgl. *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 85.

⁶⁵⁴ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 61.

⁶⁵⁵ Vgl. *People v. Brown*, 333 N.Y.S.2d 342, 348–349 (N.Y. 1972): “[S]ubdivision 2 of section 35.05 [defense of necessity] is to be narrowly construed; [...] the section is to be applied to areas of ‘technically criminal behavior which virtually no one would consider improper.’”

⁶⁵⁶ Vgl. z.B. *Nelson v. State*, 597 P.2d 977, 979 (Alaska 1979): “[T]he harm caused must not have been disproportionate to the harm avoided.” Siehe so auch *Bragg v. State*, 2008 Alas. App. LEXIS 142, 4; *Scharen v. State*, 249 P.3d 331, 333 (Alaska App. 2011). Zu dieser Formulierung in der Rechtsprechung in den anderen Bundesstaaten, siehe z.B. *Toops v. State*, 643 N.E.2d 387, 390 (Ind. App. 1994); *Stodghill v. State*, 892 So.2d 236, 238 (Miss. 2005); *State v. Bastianelli*, 2009 Del. C.P. LEXIS 82, 13–14.

⁶⁵⁷ Vgl. z.B. *Nelson v. State*, 597 P.2d 977, 979–980 (Alaska 1979), wobei die *defense of necessity* verneint wurde, weil der abzuwendende Schaden nicht „größer“ als der vom Täter verursachte war. Siehe auch *Schnabel v. State*, 663 P.2d 960, 966 (Alaska App.

(2) Abwägungsfaktoren

Wie die Interessenabwägung bei der *defense of necessity* durchzuführen ist, wird kaum systematisch erläutert.⁶⁵⁸ Festzustellen ist aber, dass dabei das Wertverhältnis der widerstreitenden Rechtsgüter einen sehr wichtigen Faktor darstellt. Insofern gilt in den USA im Prinzip das Gleiche wie in Deutschland. Die Persönlichkeitswerte stehen also über den Sachgütern und der Schutz von Leib und Leben begründet ein höheres Interesse gegenüber der Bewahrung anderer Persönlichkeitswerte oder überindividueller Rechtsgüter. Daher darf sich z.B. der Täter, der zur Flucht vor einem körperlichen Angriff eine Fensterscheibe einschlägt,⁶⁵⁹ der zur Abwendung eines sexuellen Angriffs aus dem Gefängnis flieht⁶⁶⁰ oder der eine Schusswaffe zum Selbstschutz oder zum Schutz einer anderen Person besitzt,⁶⁶¹ auf die *defense of necessity* berufen, solange die anderen Voraussetzungen vorliegen. Auch die Herstellung, der Besitz und die Verteilung von Marihuana zur Vermeidung schwerer, lebensgefährlicher Schmerzen und Leiden schützt ein überwiegendes Interesse, obwohl diese Handlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (*Controlled Substances Act*; CSA) verstoßen.⁶⁶² Schließlich geht der Schutz von Leben dem der körperlichen Unversehrtheit vor. Deswegen steht die *defense of necessity* auch dem Täter zur Verfügung, der eine *aggravated assault* gegen den Polizeibeamten begeht, der ihm bei einer Festnahme das Gesicht auf den Boden drückt, indem er dem Polizisten in die Finger beißt, damit er losgelassen wird und nicht erstickt. Denn die absolute Notwendigkeit für den Täter, atmen zu können, überwiegt die Körperverletzung bei dem Polizeibeamten deutlich.⁶⁶³

Zu beachten ist, dass die Interessenabwägung im Sinne der *defense of necessity* nicht mit einer reinen Güterabwägung gleichgestellt werden soll. Genauso wie in den Strafgesetzen vieler Bundesstaaten ausdrücklich geregelt, sollen vielmehr die Erwünschtheit und Dringlichkeit zur Abwendung eines drohenden Schadens gegen den Schaden, der durch den betreffenden Tatbestand verhindert werden soll, oder gegen die Erwünschtheit zur Vermeidung des vom Täter verursachten Schadens abgewogen werden.⁶⁶⁴ Somit müssen die politisch-rechtlichen Überlegungen und

1983), danach setzt die *defense of necessity* voraus, dass der zu vermeidende Schaden den verursachten „überwiegt“.

⁶⁵⁸ Auf diesen Mangel wurde hingewiesen bei *Lar. Alexander*, 24 L. & Phil. 611, 613–615 (2005). Siehe dazu auch *Parry*, 36 Hous. L. Rev. 397, 415–420 (1999).

⁶⁵⁹ Vgl. *People v. Padgett*, 456 N.E.2d 795, (N.Y. App. 1983).

⁶⁶⁰ Vgl. *People v. Lovercamp*, 118 Cal. Rptr. 110 (Cal. App. 1974).

⁶⁶¹ Vgl. *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129 (6th Cir. 1993).

⁶⁶² Vgl. *Raich v. Gonzales*, 500 F.3d 850, 859–860 (9th Cir. 2007).

⁶⁶³ Vgl. *Juarez v. State*, 2009 Tex. App. LEXIS 3762, 12–13 (Tex. App. 2009).

⁶⁶⁴ Vgl. Ark. Code Ann. § 5-2-604 (a)(2); Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (1); Del. Code Ann. tit. 11, § 463; 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103; Mo. Rev. Stat. § 563.026 1; N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3 I; N.Y. Pen. Law § 35.05 2; OR. Rev. Stat. § 161.200 (1)(b); Tenn. Code Ann. § 39-11-609 (2); Tex. Penal Code § 9.22 (2).

andere Faktoren anders als die tangierten Rechtsgüter als solche, wie z.B. der Grad der drohenden Gefahren, auch bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden. Zwar wird im MPC und in den Strafgesetzen der Bundesstaaten, in denen die Formulierung vom MPC übernommen wurde, nur die Abwägung des Schadens herausgestrichen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Interessenabwägung bei der *defense of necessity* auf den Vergleich der Rechtsgüter zu beschränken ist. Im Gegenteil: Die Gegenwärtigkeit bzw. der Grad der drohenden Gefahren soll danach ebenfalls einen – wenn auch nicht den entscheidenden – Faktor der Interessenabwägung darstellen.⁶⁶⁵

(3) Kriterium der Interessenabwägung

Ob im Einzelfall davon ausgegangen werden kann, dass das geschützte Interesse das verletzte (wesentlich) überwiegt, ist objektiv, also vom Gericht⁶⁶⁶ aufgrund des gewöhnlichen Maßes an Intelligenz und Moral festzustellen.⁶⁶⁷ Die Entscheidung des Täters für das höhere Interesse muss nämlich nach der durchschnittlichen Intelligenz und der normal moralischen Vorstellung der Allgemeinheit die richtige sein.⁶⁶⁸ Kein Gericht in den USA überlässt dem Täter das Recht festzustellen, welches der widerstreitenden Interessen das höherwertige ist. Dass der Täter selbst ernsthaft glaubt, dass er ein überwiegendes Interesse geschützt hat, ist unerheblich.⁶⁶⁹ So kann sich z.B. derjenige, der ernsthaft glaubt, das Leben anderer sei weniger wert als seine eigene finanzielle Sicherheit, nicht auf die *defense of necessity* berufen.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Vgl. *Dubber*, Einführung, S. 147 f.

⁶⁶⁶ Ob der Richter oder die Jury diese Entscheidung treffen soll, ist ein anderes Problem. Die Autoren des MPC haben diese Frage offen gelassen (vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 12). In der Praxis darf der Richter oft schon keine Jury-Belehrung hinsichtlich der *defense of necessity* erteilen, wenn kein Beweis für das Überwiegen des geschützten Interesses vorliegt oder ein solches Überwiegen offensichtlich nicht anzunehmen ist. Sonst ist die Jury befugt, die Entscheidung zu treffen, ob das geschützte Interesse höherwertig ist. Vgl. dazu z.B. *United States v. Dorrell*, 758 F.2d 427, 430 (9th Cir. 1985); *People v. Pepper*, 48 Cal. Rptr. 2d 877, 880 (Cal. App. 1996); *In re Eichorn*, 81 Cal. Rptr. 2d 535, 539–540 (Cal. App. 1998). Siehe zu dieser Problematik *Arnolds/Garland*, 65 J. Crim. L. & Criminology 289, 296 (1974).

⁶⁶⁷ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “according to ordinary standards of intelligence and morality”. Siehe so auch Ark. Code Ann. § 5-2-604 (a)(2); Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702; Del. Code Ann. tit. 11, § 463; 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103 1; Mo. Rev. Stat. § 563.026; N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3 I; OR. Rev. Stat. § 161.200 (1)(b); Tenn. Code Ann. § 39-11-609 (2); Tex. Penal Code Ann. § 9.22 (2).

⁶⁶⁸ Vgl. *Nelson v. State*, 597 P.2d 977, 980 n. 6 (Alaska 1979).

⁶⁶⁹ Vgl. nur *LaFave*, Criminal Law, S. 559.

⁶⁷⁰ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 12; *People v. Gray*, 571 N.Y.S.2d 851, 855 (N.Y. City Crim. Ct. 1991).

cc) Grenzen der Interessenabwägung

Obwohl in den USA keine allgemeine Angemessenheitsklausel i.S.d. § 34 Satz 2 StGB existiert, ist die Interessenabwägung bei der *defense of necessity* auch nicht immer ohne Grenzen durchzuführen. Sie wird vor allem in zweierlei Hinsicht eingeschränkt:

1. Hat der Gesetzgeber vorher bereits eine Wertentscheidung in Bezug auf den vorliegenden Interessenkonflikt getroffen, kann eine Interessenabwägung nicht mehr infrage kommen.
2. Die Interessenabwägung kann auch bei einigen schwerwiegenden Straftaten an ihre Grenzen stoßen.

(1) Legislativentscheidung

Eine Interessenabwägung findet nicht statt, wenn der Gesetzgeber die Konfliktlage vorausgesehen und vorher schon entschieden hat, welchem der widerstreitenden Interessen Vorrang gewährt werden soll⁶⁷¹ bzw. wie dieser konkrete Konflikt zu lösen ist. Denn in der Entscheidung des Gesetzgebers kommt die Wertvorstellung der Allgemeinheit zum Ausdruck, über die sich sowohl der Täter als auch die Gerichte nicht hinwegsetzen dürfen.⁶⁷² So hat z.B. der U.S. Supreme Court im Fall *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.* aus dem Jahr 2001 entschieden, dass die Herstellung, der Besitz und die Verteilung von Marihuana aus medizinischen Gründen nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden können, weil der Bundesgesetzgeber diese Verhaltensweisen ausdrücklich untersagt und sich der Struktur des betreffenden Gesetzes keine Ausnahme wegen medizinischer Erforderlichkeit entnehmen lässt.⁶⁷³ Denn „unter jeder Vorstellung der *defense of necessity* ist ein Prinzip eindeutig: Diese *defense* kann nicht greifen, wenn die Legislative selbst eine Wertentscheidung getroffen hat“.⁶⁷⁴ Die Bundesgerichte können also nur ein Gesetz des Congress auslegen, sie haben keine Befugnis, ein neues Gesetz zu entwerfen.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Vgl. *State v. Tate*, 505 A.2d 941, 946 (N.J. 1986): “[T]he defense [of necessity] is available at common law only when the legislature has not foreseen the circumstances encountered by a defendant. If it has in fact anticipated the choice of evils and determined the balance to be struck between the competing values, defendants and courts alike are precluded from reassessing those values to determine whether certain conduct is justified.”

⁶⁷² Vgl. *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 86.

⁶⁷³ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 491–495 (2001).

⁶⁷⁴ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 491 (2001): “Under any conception of legal necessity, one principle is clear: The defense cannot succeed when the legislature itself has made a ‘determination of values’”.

⁶⁷⁵ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 495 n. 7 (2001). Siehe so auch *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 415 n. 11 (1980).

Nichts anderes gilt in den Bundesstaaten. Im MPC ist als eine Voraussetzung der *defense of necessity* vorgesehen, dass sich die Absicht der Legislative, diese *defense* auszuschließen, nicht deutlich zeigt.⁶⁷⁶ Die Formulierung des MPC wird übernommen in den Bundesstaaten Alaska, Hawaii, Nebraska, New Jersey, Pennsylvania und Texas.⁶⁷⁷ Im Strafgesetz in New York kommt diese Einschränkung der *defense of necessity* dadurch zum Ausdruck, dass sich die Auswahl zwischen den widerstreitenden Interessen nicht auf solche Überlegungen stützen darf, „die sich nur mit der moralischen Vertretbarkeit und der Tauglichkeit des vom Handelnden verletzten Strafgesetzes in seiner allgemeinen Geltung oder in seiner Anwendung auf bestimmte Fallkonstellationen befassen“.⁶⁷⁸ Ähnliche Regelungen finden sich des Weiteren in den Bundesstaaten Arkansas, Colorado, Delaware, Maine, Missouri, New Hampshire und Oregon.⁶⁷⁹

Nicht abschließend geklärt ist jedoch, wann davon ausgegangen werden kann, dass eine legislative Absicht zur Ausschließung der *defense of necessity* vorliegt. Dabei handelt es sich vor allem um die Frage der Auslegung des konkreten Gesetzes. Aus der Existenz eines Tatbestands an sich folgt eine solche legislative Absicht freilich nicht. Denn sonst wäre die *defense of necessity* gar nicht anwendbar. So hat z.B. die Rechtsprechung in Texas festgestellt, dass sich den Tatbeständen des *resisting arrest*,⁶⁸⁰ der (*aggravated*) *assault*⁶⁸¹ und sogar des *murder*⁶⁸² keine legislative Absicht zur Einschränkung der Anwendbarkeit der *defense of necessity* entnehmen lässt. Ebenso wenig wird die *defense of necessity* nur deshalb zwangsläufig ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmte Ausnahmen zu einem strafrechtlichen Verbot vorgesehen hat, unter die der infrage kommende Sachverhalt aber nicht fällt. Daher kann die *defense of necessity* z.B. in Virginia und Maryland dennoch Anwendung finden, wenn der Täter entgegen den gesetz-

⁶⁷⁶ Vgl. MPC § 3.02 (1): “[C]onduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that: (b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defense dealing with the specific situation involved; and (c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.”

⁶⁷⁷ Vgl. Alaska Stat. § 11.81.320 (a)(2); Haw. Rev. Stat. Ann. § 703-302 (1)(c); Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1407 (1)(c); N.J. Stat. Ann. § 2C: 3-2 a; 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503 (a)(3); Tex. Penal Code Ann. § 9.22 (3).

⁶⁷⁸ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “The necessity and justifiability of such conduct may not rest upon considerations pertaining only to the morality and advisability of the statue, either in its general application or with respect to its application to a particular class of cases arising thereunder.” Übersetzung zitiert nach *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 88.

⁶⁷⁹ Vgl. Ark. Code Ann. § 5-2-604 (b); Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (2); Del. Code Ann. tit. 11, § 463; 17-A Me. Rev. Stat. Ann. § 103 1; Mo. Rev. Stat. § 563.026 2; N.H. Rev. Stat. Ann. § 627:3 I; OR. Rev. Stat. § 161.200 (2).

⁶⁸⁰ Vgl. *Bowen v. State*, 162 S.W.3d 226, 229 (Tex. Crim. App. 2005).

⁶⁸¹ Vgl. *Juarez v. State*, 2009 Tex. App. LEXIS 2058, 13–14 (Tex. App. 2009).

⁶⁸² Vgl. *Wood v. State*, 271 S.W.3d 329, 334 (Tex. App. 2008).

lichen Bestimmungen eine Schusswaffe zur Selbstverteidigung oder zur Verteidigung einer anderen Person besitzt, auch wenn dies nicht zu den im Gesetz aufgelisteten Fällen gehört, in denen der Besitz von Schusswaffen erlaubt wird.⁶⁸³

Hat der Gesetzgeber hingegen die Nichtanwendbarkeit der *defense of necessity* zum Ausdruck gebracht oder dies impliziert, darf sein Wille nicht durch irgendwelche Interessenabwägungen umgangen werden. Im MPC § 3.02 (1)(b) und (1)(c) ist z.B. eindeutig geregelt, dass die *defense of necessity* keine Anwendung findet, wenn eine spezifische Vorschrift für die konkrete (Not-)Situation existiert. Nach der Interpretation der Autoren des MPC scheidet deshalb z.B. eine Interessenabwägung im Sinne der *defense of necessity* bei einem Schwangerschaftsabbruch aus, wenn der Gesetzgeber durch eine spezifische Regelung den sogenannten therapeutischen Schwangerschaftsabbruch vom Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ausnimmt.⁶⁸⁴ In zahlreichen Bundesstaaten wird die *defense of necessity* – aufgrund der ähnlichen Gesetzesauslegung wie in der oben genannten Entscheidung *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.* – ausgeschlossen in den Fällen des Besitzes oder der Herstellung oder Verteilung von Marihuana aus medizinischen Gründen.⁶⁸⁵ In Arizona hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der *justification defenses*, einschließlich der *defense of necessity*, auf die Straftaten im Strafgesetz eingeschränkt.⁶⁸⁶ Daher können die Straftaten in Nebengesetzen nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden. So darf sich z.B. die Täterin, die zur Vermeidung einer möglichen *assault* gegen sie betrunken Auto fährt, nicht auf die *defense of necessity* berufen.⁶⁸⁷ Die Rechtsprechung in Texas geht des Weiteren davon aus, dass die *defense of necessity* bei rücksichtslos (*recklessly*) begangenen Straftaten und Fahrlässigkeitsdelikten nicht in Betracht kommt, weil der Gesetzgeber die Rücksichtslosigkeit (*recklessness*) als Missachten und die Fahrlässigkeit (*negligence*) als fehlendes Erkennen eines erheblichen, „nicht zu rechtfertigenden“ (*unjustifiable*) Risikos definiert. Da also die *unjustifiability* an sich eines der Elemente der betreffenden Straftat darstellt, stehen dem Täter die *justification defenses* nicht mehr zur Verfügung. Denn diese *defenses* kommen nur dann infrage, wenn die wesentlichen Elemente einer Straftat schon vorliegen.⁶⁸⁸

⁶⁸³ Vgl. *Humphrey v. Commonwealth*, 553 S.E.2d 546, 550–552 (Va. App. 2001); *State v. Crawford*, 521 A.2d 1193, 1197–1199 (Md. App. 1987).

⁶⁸⁴ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 13.

⁶⁸⁵ Vgl. nur z.B. *State v. Williams*, 968 P.2d 26, 30 (Wash. App. 1998); *State v. Poling*, 531 S.E.2d 678, 685 (W. Va. Sup. App. 2000); *State v. Ownbey*, 996 P.2d 510, 512 (Or. App. 2000); *State v. Ducheneaux*, 671 N.W.2d 841, 845 (S.D. 2003).

⁶⁸⁶ Also die Straftaten unter Ariz. Rev. Stat. Ann. Title 13. Vgl. Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-401 B: “[J]ustification, as defined in this chapter, is a defense in any prosecution for an offense pursuant to this title.”

⁶⁸⁷ Vgl. *State v. Fell*, 52 P.3d 218 (Ariz. App. 2002).

⁶⁸⁸ Vgl. *Goodrich v. State*, 156 S.W.3d 141, 147 (Tex. App. 2005).

Häufig ist jedoch die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers nicht leicht⁶⁸⁹ und der Gesetzestext wird nicht selten von verschiedenen Gerichten – selbst den Gerichten in demselben Bundesstaat – unterschiedlich ausgelegt. So hat z.B. ein Teil der Gerichte in Texas betont, dass die *defense of necessity* in Fällen der Anwendung tödlicher Gewalt zur *self-defense* oder *defense of others* nicht anwendbar sei. Denn sonst würde die legislative Absicht zur Auferlegung der Rückzugspflicht untergraben.⁶⁹⁰ Eine solche Einschränkung der *defense of necessity* wird allerdings von einem anderen Teil der Rechtsprechung in Texas abgelehnt. Danach seien die *defense of necessity* und die *self-defense* (sowie die *defense of others*) unterschiedliche, selbstständige *defenses*,⁶⁹¹ sodass eine Jury-Belehrung (*jury instruction*) über die *self-defense* die Anwendbarkeit der *defense of necessity* nicht von Anfang an ausschließe.⁶⁹²

(2) Schwerwiegende Straftaten

Die Autoren des MPC lehnen eine kategorische Ausschließung der *defense of necessity* bei bestimmten schweren Straftaten ab. Danach wäre es z.B. „besonders bedauernswert“, wenn die Tötungsdelikte vom Anwendungsbereich dieser *defense* ausgenommen werden.⁶⁹³ In einigen Bundesstaaten ist allerdings ausdrücklich vorgesehen, dass bestimmte, besonders schwerwiegende Straftaten überhaupt nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden können. So ist z.B. im Bundesstaat Arizona festgeschrieben, dass die *defense of necessity* bei Tötungsdelikten und schwerer Körperverletzung nicht in Betracht kommt.⁶⁹⁴ Im Bundesstaat Kentucky ist geregelt, dass die *defense of necessity* bei der absichtlichen Tötung keine Anwendung findet.⁶⁹⁵ In Missouri sind auch die Verbrechen der Klasse A (*class A felony*) und insbesondere der Mord nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt.⁶⁹⁶ Nicht zuletzt ist im Strafgesetz des Bundesstaates Wisconsin vorgesehen,

⁶⁸⁹ Vgl. *Lar. Alexander*, 24 L. & Phil. 611, 637–640 (2005). Dabei wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen keine Ausnahme ins Gesetz übernehmen könne, obwohl er eigentlich an den betreffenden Fallkonstellationen gedacht habe. Daher ist es schwierig festzustellen, wann die Anwendung der *defense of necessity* dem wirklichen Willen des Gesetzgebers entspricht.

⁶⁹⁰ Vgl. *Perry v. State*, 2008 Tex. App. LEXIS 6072, 5–6 (Tex. App. 2008); *Butler v. State*, 663 S.W.2d 492, 496 (Tex. App. 1983).

⁶⁹¹ Vgl. *Bowen v. State*, 162 S.W.3d 226, 229–230 (Tex. Crim. App. 2005).

⁶⁹² Vgl. *Fox v. State*, 2006 Tex. App. LEXIS 7898, 10 (Tex. App. 2006).

⁶⁹³ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 14: “It would be particularly unfortunate to exclude homicidal conduct from the scope of the defense.”

⁶⁹⁴ Vgl. *Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 13-417 C.

⁶⁹⁵ Vgl. *Ky. Rev. Stat. Ann.* § 503.030 (1): “[N]o justification can exist under this section for an intentional homicide.” Nach *Ky. Rev. Stat. Ann.* § 501.020 (1) ist hier der Begriff *intent* wie „Absicht“ zu verstehen.

⁶⁹⁶ Vgl. § *Mo. Rev. Stat.* § 563.026 1.

dass die *defense of necessity* bei der Anklage wegen vorsätzlicher Tötung ersten Grades (*first-degree intentional homicide*) nicht anwendbar ist.⁶⁹⁷ Durch diese Regelungen haben die Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass die durch diese Straftaten verursachten Beeinträchtigungen bzw. Schäden so massiv sind, dass sie nicht mehr ausgeglichen bzw. überwogen werden können.⁶⁹⁸ Ob eine solche Einschränkung der *defense of necessity* angemessen ist, insbesondere ob die Opferung Unschuldiger unter Umständen durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden kann, ist freilich umstritten.

3. Rettungswille

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in den Gesetzestexten wird der Rettungswille des Täters kaum als eine selbstständige Voraussetzung der *defense of necessity* hervorgehoben. Der Grund könnte darin bestehen, dass durch die Bedingung der (vernünftigen) Annahme des Vorliegens einer Notstandslage und der Kausalität zwischen dem Verhalten und der Vermeidung des Schadens schon impliziert wird, dass der Täter mit Rettungswillen handelt.⁶⁹⁹ In wenigen Entscheidungen kommt doch zum Ausdruck, dass der Täter nur deshalb gegen das Gesetz handeln muss, weil er dadurch eine Gefahr bzw. einen schwereren Schaden abzuwenden versucht. Nach einer Entscheidung des Massachusetts Supreme Judicial Court muss z.B. der Täter durch den Wunsch, ein größeres Übel zu verhindern, motiviert werden.⁷⁰⁰ Auch in einer Entscheidung aus dem Bundesstaat Kentucky wird darauf hingewiesen, dass sich der Täter nicht auf die *defense of necessity* berufen darf, wenn er aus dem Zweck heraus handelt, von der Polizei dafür belohnt zu werden, anstatt von der Sorge um die öffentlichen Interessen motiviert zu sein.⁷⁰¹

In der Literatur finden sich auch kaum Diskussionen zum Rettungswillen des Täters bei der *defense of necessity*. Heftig erörtert wird vielmehr die allgemeine Frage, ob ein subjektives Element der *justification* erforderlich ist. Da die h.M. diese Frage bejaht, ist daraus zu folgern, dass der Rettungswille des Täters eine

⁶⁹⁷ Vgl. Wis. Stat. Ann. § 939.47: "except that if the prosecution is for first-degree intentional homicide". Nach Wis. Stat. Ann. § 939.23 (3) fallen unter den Begriff *intent* sowohl die Absicht (*purpose*) als auch die Wissentlichkeit (*knowledge*).

⁶⁹⁸ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 63.

⁶⁹⁹ Vgl. auch *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision, S. 126. Danach untersteicht bereits die Finalität der Formulierungen „to prevent“ bzw. „avoid a greater harm from occurring“ bei der *defense of necessity*, dass der Täter in dem Bewusstsein der Notstandslage handeln muss.

⁷⁰⁰ Vgl. *Commonwealth v. Weaver*, 511 N.E.2d 545, 547 (Mass. 1987): "[T]here must also be evidence that the defendant was motivated by a desire to avoid the greater evil."

⁷⁰¹ Vgl. *Simmons v. Commonwealth*, 2004 Ky. App. Unpub. LEXIS 444, 5–6 (Ky. App. 2004).

notwendige Voraussetzung der *defense of necessity* darstellen muss.⁷⁰² Nach der vor allem von *Robinson* befürworteten objektiven Theorie bzw. der *deeds theory* soll hingegen bei der Beurteilung der *justifications* die subjektive Vorstellung des Täters nicht in Betracht kommen.⁷⁰³ Dementsprechend erübrigt sich auch das Verlangen des Rettungswillens bei der *defense of necessity*.

B. Rettungsfolter und die defense of necessity

Zu prüfen ist nun, ob die Voraussetzungen der *defense of necessity* im hier interessierenden Rettungsfolterfall erfüllt werden.

1. Notstandslage

Bei der *ticking time bomb*-Hypothese würden zahlreiche Menschen ums Leben kommen, wenn die Zeitbombe explodiert. Daher liegt hier ohne Zweifel eine Gefahr des Schadenseintritts vor. Dass diese Gefahr nicht auf Naturkräfte zurückgeht, sondern vom Täter, der die Zeitbombe gelegt hat, verursacht wird, ist nach h.M. in den USA für die Anwendbarkeit der *defense of necessity* ohne Belang.

a) Gegenwärtigkeit der drohenden Schäden

Problematischer ist aber, wann davon ausgegangen werden kann, dass hier die drohenden Schäden auch „gegenwärtig“ sind. Das Oberste Gericht Israels hat z.B. in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1999 die Ansicht vertreten, dass die Voraussetzung der „Gegenwärtigkeit“ nur die unverzügliche Erforderlichkeit der Rettungshandlung bedeute und daher dem Polizeibeamten die *defense of necessity* bereits zur Verfügung stehe, wenn die Bombe in ein paar Tagen oder sogar erst in einigen Wochen explodieren würde.⁷⁰⁴ Ob die Gerichte in den USA ebenfalls diese Folgerung ziehen würden, ist sehr zweifelhaft. Denn die bisherige Rechtsprechung stellt tendenziell strenge Anforderungen an die „Gegenwärtigkeit“ des abzuwendenden Schadens. Danach soll der drohende Schaden, der die *defense of necessity* begründen kann, nicht nur spezifisch, eindeutig und unmittelbar sein,⁷⁰⁵ er muss nach einem Teil der Rechtsprechung sogar so dringend sein, dass der Handelnde eine blitzschnelle (*split-second*) Entscheidung treffen muss und keine Zeit hat, über

⁷⁰² Vgl. so *LaFave*, Criminal Law, S. 559.

⁷⁰³ Vgl. *Robinson*, Defenses II, S. 7, 27.

⁷⁰⁴ Vgl. HJC 5100/94, § 34.

⁷⁰⁵ Vgl. nur *Commonwealth v. Lindsey*, 489 N.E.2d 666, 667 (Mass. 1986); *State v. Dansinger*, 521 A.2d 685, 688 (Me. 1987); *People v. Craig*, 585 N.E.2d 783, 787 (N.Y. App. 1991); *Downs v. State*, 244 S.W.3d 511, 516 (Tex. App. 2007).

ein Gesetz nachzudenken.⁷⁰⁶ Nach diesen Kriterien wären die drohenden Schäden noch nicht gegenwärtig, wenn die Zeitbombe erst in ein paar Tagen oder sogar in einigen Wochen explodiert. Daher vertritt ein Teil der Literatur nicht zu Unrecht die Ansicht, dass sich der folternde Polizeibeamte nicht typischerweise auf die *defense of necessity* berufen könnte.⁷⁰⁷

Dies bedeutet aber nicht, dass die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall mangels der Gegenwärtigkeit der drohenden Schäden zwangsläufig scheitert. Immerhin ist es eine Tatfrage, ob im Einzelfall ein gegenwärtiger Schaden vorliegt. Es lässt sich also nicht ausschließen, dass in einer konkreten *ticking time bomb*-Situation die abzuwendenden Schäden so unmittelbar bevorstehen können, dass auch die Rechtsprechung in den USA ohne Schwierigkeiten vom Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr des Schadenseintritts ausgeht. Zudem wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass die „Gegenwärtigkeit“ im Lichte der Intensität des drohenden Schadens zu bestimmen ist. Somit sollen in einer *ticking time bomb*-Situation, in der enorme Schäden zu befürchten sind, keine zu hohen Anforderungen an die Gegenwärtigkeit gestellt werden, weshalb die *defense of necessity* auch dann anwendbar wäre, wenn die Explosion erst in einigen Tagen erfolgt.⁷⁰⁸ Schließlich ist nicht zu übersehen, dass in vielen Bundesstaaten gar kein gegenwärtiger Schaden tatsächlich vorliegen muss, weil für die Bejahung der *defense of necessity* die vernünftige Annahme des Vorliegens eines solchen Schadens ausreicht. In diesen Bundesstaaten kommt es also ausschließlich darauf an, ob der folternde Polizeibeamte vernünftigerweise von dem Vorliegen eines gegenwärtigen Schadens ausgehen darf. Lässt sich diese Frage bejahen, wird die Anwendbarkeit der *defense of necessity* nicht schon mangels objektiv unmittelbar bevorstehenden Schadens ausgeschlossen.

b) Die „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Schäden

Ob die durch Rettungsfolter zu verhindernden Schäden nicht anders abwendbar sind, ist ebenfalls eine Tatfrage. Angesichts der Stärke der US-Regierung wäre es in der Regel schwierig anzunehmen, dass kein anderes (milderer) Mittel als Folter zur Abwendung der Schäden vorliegt.⁷⁰⁹ Dennoch kann dies in einer extremen Not-situation durchaus der Fall sein. Dies ist freilich nur dann zu bejahen, wenn die anderen milderen Mittel, insbesondere die rechtmäßigen Maßnahmen nicht funktionieren. Als mildere Mittel kommen z.B. psychologische Strategien und das Bieten bestimmter Anreize zur Kooperation für den Täter in Betracht, sei es die Garantie der Sicherheit des Täters und seiner Familie, sei es die rechtliche Immunität für

⁷⁰⁶ Vgl. *Smith v. State*, 874 S.W.2d 269, 273 (Tex. App. 1994).

⁷⁰⁷ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 697 (2006).

⁷⁰⁸ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1616 (2007).

⁷⁰⁹ Vgl. *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L. J. 193, 232 (2010).

den Täter.⁷¹⁰ Praktisch bewiesen wurde bereits, dass zahlreiche Verdächtige bei der Vernehmung durchaus die geforderten Informationen verraten, wenn sie dadurch zu einer kürzeren Freiheitsstrafe verurteilt werden, Geld bekommen oder mit einer neuen Identität weiter in den USA leben dürfen.⁷¹¹ Daher muss der Polizeibeamte zumindest erst diese milderen Mittel ausprobieren, bevor er den Täter foltert.

Ob der Einsatz von *truth serum* auch ein milderes Mittel darstellt, ist in der Literatur umstritten. Eine Ansicht bejaht diese Frage damit, dass der Einsatz von *truth serum* in den USA unter bestimmten Umständen erlaubt sei, und dass diese Maßnahme im Vergleich zur Folter weniger einschneidend sei, weil dadurch keine großen körperlichen Schmerzen oder anhaltende seelische Schäden verursacht würden.⁷¹² Nach einem anderen Teil der Literatur soll diese Maßnahme hingegen nicht in Betracht kommen, weil sie sich nicht als effektiv erweise.⁷¹³ Zu beachten ist hier ebenfalls auch, dass es in vielen Bundesstaaten bereits für eine *defense of necessity* genügt, wenn der folternde Polizeibeamte vernünftig glaubt, dass die Rettungsfolter die einzige bzw. die mildeste Möglichkeit zur Abwendung der drohenden Schäden darstellt.

2. Rettungsfolter als geeignete Notstandshandlung

Zu fragen ist anschließend, ob die Rettungsfolter zur Abwendung von Schäden geeignet ist bzw. ob eine direkte Kausalität zwischen der Rettungsfolter und der Verhinderung dieser Schäden bestehen kann oder ob der folternde Polizeibeamte vernünftigerweise von der Existenz einer solchen Kausalität ausgehen darf. Darüber gehen die Meinungen in den USA auseinander.

a) Ansichten gegen die Eignung als Notstandshandlung

Nach einer Ansicht kann die Rettungsfolter die erforderlichen Informationen gar nicht erpressen.⁷¹⁴ Der Einwand besteht hauptsächlich darin, dass durch Folter kaum eine wahre Aussage erzielt wird. Eine Person kann zwar unter großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden vieles sagen, um die Misshandlungen zu stoppen. Es besteht aber keine Garantie, dass die dadurch erpressten Informationen auch wahrheitsgemäß sind.⁷¹⁵ Selbst die CIA hat die Schlussfolgerung

⁷¹⁰ Vgl. *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 274 (2010).

⁷¹¹ Vgl. *Haddock*, The Unspeakable, San. Fran. Chronicle, 18 Nov. 2001, D1.

⁷¹² Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1621 (2007).

⁷¹³ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 262 n. 209 (2003) m.w.N.

⁷¹⁴ Vgl. *Solomon*, The Case against Torture, Village Voice, 4 Dec. 2001, 56: "There is no proof that torture works." Siehe auch *Rumney*, 40 U.S.F. L. Rev. 479, 485–500 (2006).

⁷¹⁵ Vgl. *Stuntz*, 116 Harv. L. Rev. 1707, 1743 n. 107 (2003): "[T]orture tends to reduce accuracy – suspects' incentives are to say whatever will stop the torture, true or not."

gezogen, dass körperliche und seelische Misshandlungen zwar eine Aussage, aber meistens nicht die Wahrheit erzwingen können.⁷¹⁶ Der Einsatz von Gewalt bei der Vernehmung ist also nach den Erfahrungen der CIA aus der Zeit des Kalten Krieges eine Methode, die ungläubwürdige Ergebnisse erzeugt.⁷¹⁷ Zudem wird darauf hingewiesen, dass sich der Gefolterte häufig bereits wegen der Schmerzen nicht an die Einzelheiten erinnern kann, auch wenn er die Wahrheit sagen will.⁷¹⁸

Ein weiterer Zweifel an der Effektivität der Rettungsfolter besteht in dem Widerstand des gefolterten Täters. Denn die körperlichen oder seelischen Misshandlungen verstärken nicht selten den Widerstand des Gefolterten gegen den Folternden, und nicht umgekehrt. Die CIA bestätigte schon in den 1960er Jahren im sogenannten KUBARK-Manual, dass unmittelbare körperliche Brutalität im Prinzip nur Groll, Feindschaft und weiteren Trotz erzeugt und dass die Todesdrohung häufig eher schadet als nützt.⁷¹⁹ So weigerte sich z.B. der irakische Generalmajor *Abed Hamed Mowhoush* von Beginn der Folterhandlungen gegen ihn an, weiter mit den Vernehmern zu kooperieren, auch wenn er sein Leben damit riskierte und schließlich an den körperlichen Misshandlungen starb.⁷²⁰ Nach *Navarro*, einem der besten Experten des FBI in Vernehmungstechnik, lässt sich ein fanatischer Täter auch nicht durch Misshandlungen beugen. Im Gegenteil: Er erwartet, gefoltert zu werden, und würde vielleicht die Misshandlungen sogar willkommen heißen. Insbesondere in der *ticking time bomb*-Situation verspricht Folter keinen Erfolg, weil dem Täter voll und klar bewusst ist, dass die Bombe bald explodieren wird und sein Ziel in kurzer Zeit verwirklicht sein wird, wenn er nur noch eine Weile durchhält.⁷²¹ Bei der Vernehmung gut trainierter Terroristen, die gelernt haben, wie auf Befragungen zu reagieren ist, könnte Folter noch weniger wirksam sein. So konnten z.B. in Guantánamo kaum nützliche Informationen von *al-Qahtani*, einem Anhänger von *bin Laden*, erpresst werden, nachdem er über drei Monate misshandelt worden war.⁷²² Aus diesen Gründen wird teilweise sogar behauptet, dass Folter

⁷¹⁶ Vgl. *Werner*, CIA Taught, then Dropped Mental Torture in Latin America, N.Y. Times, 29 Jan. 1997, A1.

⁷¹⁷ Vgl. CIA, Human Resource Exploitation Training Manual, 1983: "Use of force is a poor technique, yields unreliable results, may damage subsequent collection efforts, and can induce the source to say what he thinks the interrogator wants to hear."

⁷¹⁸ Vgl. *Johnson*, The Art of Interrogation, Los Angeles Times, 15 March 2003, 1.

⁷¹⁹ Vgl. CIA, KUBARK Counterintelligence Interrogation, July 1963, 91: "In general, direct physical brutality creates only resentment, hostility, and further defiance." Und auf S. 92: "The threat of death has often been found to be worse than useless."

⁷²⁰ Vgl. *White*, Documents Tell of Brutal Improvisation by GIs, Wash. Post, 3 Aug. 2005, A01.

⁷²¹ Vgl. *Mayer*, Whatever It Takes, New Yorker, 19 Feb. 2007, 72, 77.

⁷²² Vgl. dazu *Zagorin/Duffy*, Inside the Interrogation of Detainee 063, Time, 12 June 2005, 2.

eine gute Technik zur Erpressung von Geständnissen von Unschuldigen, aber keine brauchbare Technik zum Erzwingen der Wahrheit bei den Schuldigen ist.⁷²³

b) Ansichten für die Eignung als Notstandshandlung

Eine andere Ansicht in den USA verneint jedoch nicht schon deshalb die Geeignetheit der Rettungsfolter.⁷²⁴ Zwar stellt die Rettungsfolter keine Garantie für die Abwendung drohender Schäden dar, aber sie muss auch nicht immer effektiv sein, um gerechtfertigt zu werden. Da Menschen normalerweise ein intensives Begehren haben, sich Schmerzen zu entziehen,⁷²⁵ lässt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, dass der gefolterte Täter doch zur Vermeidung weiterer Leiden die rettenden Informationen verrät. Dies könnte insbesondere der Fall sein, wenn der Täter nicht weiß, was für Schmerzen er wird erleiden müssen und ob er diese aushalten kann.⁷²⁶

Auch die Tatsache, dass Folter häufig zu falschen Aussagen führt, soll der Geeignetheit der Rettungsfolter nicht entgegenstehen. Denn es geht bei dem hier interessierenden Fall ausschließlich um die Erpressung von nützlichen Informationen, durch die enorme Schäden verhindert werden können. Es handelt sich also nicht um die Erpressung eines Geständnisses, anhand dessen der Täter verurteilt werden kann. Deswegen ist die Glaubwürdigkeit der Aussage nicht entscheidend: Hier hat eine falsche Aussage des Täters höchstens die Verschwendung von Zeit und Ressourcen zur Folge.⁷²⁷ Die Vertreter dieser Ansicht weisen des Weiteren darauf hin, dass in der Vergangenheit rettende Informationen manchmal wirklich durch Folter erpresst wurden.⁷²⁸ So hat z.B. im Jahr 1995 die philippinische Polizei *Abdul Hakim Murad*, einen Agenten der *al Qaeda*, gefoltert und angeblich so den Anschlagplan, elf Flugzeuge zu sprengen und dadurch 4000 Passagiere und Besatzungsmitglieder ums Leben zu bringen, in Erfahrung gebracht und vereitelt.⁷²⁹

⁷²³ Vgl. *Schmitt*, There Are Ways to Make Them Talk, N.Y. Times, 16 June 2002, 1. Danach hat *Malinowski*, ein Sprecher von *Human Rights Watch*, behauptet: "Law enforcement professionals in this country understand that torture is a wonderful technique for getting confessions from innocent people and a lousy technique for getting truth out of guilty people."

⁷²⁴ Vgl. *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013, 2028–2031 (2003).

⁷²⁵ Vgl. *Bagaric/Clarke*, 39 U.S.F. L. Rev. 581, 588 (2005). Danach stellt Folter sogar ein exzellentes Mittel für die Erlangung von Informationen dar. Als Beweis dafür wird der „Daschner-Fall“ herangezogen.

⁷²⁶ Vgl. *Feller*, 23 Isr. L. Rev. 201, 211 (1989).

⁷²⁷ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 263 (2003).

⁷²⁸ Vgl. *Alter*, Time to Think about Torture, Newsweek, 5 Nov. 2001, 48 m.w.N. Siehe auch *Dershowitz*, Terrorism, S. 137, 249 Fn. 11; *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 717–719 (2006) m.w.N.

⁷²⁹ Vgl. *Chapman*, No Tortured Dilemma, Wash. Times, 5 Nov. 2001, A18; *Dershowitz*, Terrorism, S. 137. Siehe auch *Wheeler*, Interrogating KSM, Wash. Times, 5 March 2003, A19, wonach es sich aber bei dem Anschlagplan um Entführung der Flugzeuge handelt.

Zudem liefert der „Leon-Fall“, in dem der festgenommene Täter unter körperlicher Misshandlung der Polizei das Versteck des von ihm entführten Kindes verriet,⁷³⁰ einen Beweis dafür, dass durch Folter sehr wohl nützliche Informationen erpresst werden können.⁷³¹

Da Folter in der Vergangenheit also manchmal funktionierte, könnte sie auch in der *ticking time bomb*-Situation helfen.⁷³² Die Gegenansicht, dass die Rettungsfolter von Anfang an nicht zur Abwendung drohender Schäden geeignet ist, lässt sich somit nur schwer begründen. Wenn man sich die abzuwendenden erheblichen Schäden in der *ticking time bomb*-Situation – wie etwa den Verlust des Lebens vieler Menschen – vor Augen führt, dürfte eine Erfolgchance von 20 %⁷³³ oder sogar nur 10 % ausreichen, die Rettungsfolter als „geeignet“ anzusehen.⁷³⁴

3. Die Legislativentscheidung und das Völkerrecht

Geht man davon aus, dass die Rettungsfolter auch in der *ticking time bomb*-Situation zur Verhinderung von Schäden geeignet ist, muss weiter erörtert werden, ob dadurch auch ein (wesentlich) überwiegendes Interesse geschützt wird. Wie oben bereits erwähnt, findet eine Interessenabwägung im Sinne der *defense of necessity* aber nur dann statt, wenn der Gesetzgeber nicht bereits vorher konkrete Wertentscheidungen hinsichtlich der vorliegenden Konfliktlage getroffen hat. Somit ist hier zuerst zu ermitteln, ob in den USA eine legislative Entscheidung existiert, durch die die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im hier interessierenden Rettungsfolterfall ausgeschlossen wird.

⁷³⁰ Vgl. *Leon v. Wainwright*, 734 F.2d 770 (11th Cir. 1984).

⁷³¹ Vgl. so auch *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 721 n. 56 (2006). Die Autoren gegen die Geeignetheit der Rettungsfolter bewerten die Beweise für die Funktionalität der Folter oft als nicht vertrauenswürdig oder nicht aussagekräftig, weil sie meistens nur auf der Behauptung der Regierung beruhen und die relevanten Tatsachen häufig nicht detailliert dargestellt oder manchmal sogar entstellt werden (vgl. *Rumney*, 40 U.S.F. L. Rev. 479, 486–490 [2006]). In Bezug auf das oben genannte Beispiel der philippinischen Polizei aus dem Jahr 1995 wird z.B. eingewendet, dass die Polizei eigentlich alle nützlichen Informationen auf *Murads* Laptop gefunden hatte. Die später durch Folter erzwungenen „Einzelheiten“ hatte *Murad* nur zur Vermeidung der Schmerzen erfunden. Vgl. dazu *McCoy*, 19 New Eng. J. of Pub. Pol’y 209, 239 (2005). Der „Leon-Fall“ als ein Beweis für die Geeignetheit der Rettungsfolter wird allerdings kaum bezweifelt. Freilich wird er auch nur selten zur Begründung der Funktionalität der Folter herangezogen. Der Grund könnte darin liegen, dass die Folterdebatte in den USA meistens vor dem Hintergrund des *war on terror* durchgeführt wird, weshalb sich die Autoren vielmehr auf die Beispiele der Vernehmung des Terroristen konzentrieren.

⁷³² Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1620 (2007).

⁷³³ Vgl. *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 722 (2006).

⁷³⁴ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 264–265 (2003).

a) Argumente im Bybee-Memo

Die Autoren des Bybee-Memos behaupten, dass der U.S. Congress keine konkrete Wertentscheidung über Folter getroffen habe. Ihrer Meinung nach hat der Congress vielmehr die Hürden gegen die Anwendbarkeit der Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation bewusst beseitigt. Dafür werden in erster Linie zwei Begründungen herangezogen.

Das erste Argument bezieht sich auf die fehlende Regelung hinsichtlich der Folterabsicht in 18 U.S.C. § 2340 (1). Denn in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention ist ausdrücklich vorgesehen, dass eine Handlung als absolut verbotene Folter anzusehen ist, wenn sie z.B. erfolgt, um eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um eine Person für eine tatsächlich oder mutmaßlich begangene Tat zu bestrafen oder um sie einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhendem Grund. Aus dieser nicht exklusiven Auflistung der möglichen Absichten folgt, dass die Zufügung von großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden aus jeglicher Absicht verboten ist, weshalb selbst eine „gute“ Absicht, wie etwa die Rettungsabsicht, extreme Misshandlungen nicht rechtfertigen kann. Diese Regelung der UN-Antifolterkonvention, die die Unlegitimierbarkeit der Folter durch irgendwelche guten Absichten bedeutet, wurde aber bei der Kodifizierung des 18 U.S.C. § 2340 (1) nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Dadurch habe der U.S. Congress bewusst darauf hingewiesen, dass eine gute Absicht bei der rechtlichen Bewertung der Folter doch in Betracht kommen dürfe und unter Umständen die Folterhandlung rechtfertigen könne. Dementsprechend sei die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall nicht *per se* ausgeschlossen.

Bei dem zweiten Argument handelt es sich um Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention, in dem geregelt ist, dass außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden dürfen. Auch diese Vorschrift wurde nicht vom U.S. Congress in 18 U.S.C. § 2340 aufgenommen. Dies zeige, dass der Congress die Wertentscheidung, nämlich ein absolutes Verbot der Folter unter allen Umständen, offenlassen wolle.⁷³⁵

Ein Teil der Literatur spricht sich gegen die Ansicht im Bybee-Memo aus. Das erste Argument überzeugt jedenfalls nicht. Dass der U.S. Congress die Absicht nicht als ein Tatbestandsmerkmal der Folter ins Gesetz aufgenommen hat, bedeutet keinesfalls, dass es schon dadurch eine *justification* der Folter aufgrund einer guten Absicht zulässt. Diese Omission soll vielmehr umgekehrt interpretiert werden: Der Congress hält es für unbeachtlich, mit welcher Absicht die Folterhandlung erfolgt, und will die außerhalb der USA vorgenommene Folter ohne Rücksicht auf die re-

⁷³⁵ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (1 Aug. 2002), S. 41 n. 23.

levante – wenn auch gute – Absicht durch 18 U.S.C. § 2340A bestrafen.⁷³⁶ Daher wurde auch im Levin-Memo des OLC davon ausgegangen, dass Folter selbst aus einer guten Absicht bzw. einem guten Grund (*good reason*), wie etwa zur Gewährleistung der staatlichen Sicherheit, nicht vorgenommen werden darf.⁷³⁷

Die Bewertung des zweiten Arguments fällt schwerer aus. Die Gegenansicht weist darauf hin, dass den USA durch die Ratifikation der UN-Antifolterkonvention die Pflicht auferlegt wird, Folter keinesfalls zu erlauben. Diese völkerrechtliche Pflicht wirke sich auch bei der Ermittlung des Willens des Gesetzgebers und bei der Auslegung des Bundesgesetzes aus. Daher solle davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eigentlich keine Folter legitimieren wolle, auch wenn er Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention nicht ausdrücklich in den Gesetzestext aufnimmt.⁷³⁸ Da sich dem geltenden Bundesgesetz als solchem kein absolutes Folterverbot innerhalb der USA entnehmen lässt,⁷³⁹ versuchen in der Tat einige Autoren in der Folterdebatte unter Berufung auf das völkerrechtliche Folterverbot zu begründen, dass die Anwendung der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall ausgeschlossen werden soll.⁷⁴⁰ So wird die schwere Frage tangiert, ob und inwiefern das Völkerrecht das US-amerikanische Recht beeinflusst. Im Anschluss ist daher auf die Problematik einzugehen, ob aus dem Völkerrecht eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zum absoluten Verbot der Folter in den USA gefolgt werden kann.

b) Das Folterverbot im Völkerrecht als US-amerikanisches Recht?

aa) Die non-self-executing-Verträge

In der Tat wird Folter durch zahlreiche völkerrechtliche Vorschriften absolut verboten. Neben Art. 2 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention ist z.B. in Art. 7 Satz 1 IPbPr auch ein Folterverbot vorgesehen, das nach Art. 4 Abs. 1 und 2 IPbPr selbst „im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht“, gilt. Sowohl die UN-Antifolterkonvention als auch der IPbPr sind von den USA ratifi-

⁷³⁶ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 67; *Boehm*, 41 U. Tol. L. Rev. 1, 38–39 (2009).

⁷³⁷ Vgl. dazu Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, Re: Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A (30 Dec. 2004), S. 17.

⁷³⁸ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 67.

⁷³⁹ Das Alien Tort Statute (ATS) (28 U.S.C. § 1350) und der *Torture Victim Protection Act* (TVPA) (28 U.S.C. § 1350 [Note]) beziehen sich nur auf die Zivilklage und haben beide Ausländerbezug. Dabei ist schon zu beachten, dass es sich beim ATS nur um eine Vorschrift hinsichtlich der Gerichtsbarkeit handelt (vgl. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 712–714 [2004]). Auch 18 U.S.C. § 2340A findet nur Anwendung, wenn die Folterhandlungen außerhalb der USA vorgenommen werden. Zudem kann – wie oben dargestellt – ein ausnahmsloses Verbot der Rettungsfolter in den USA auch nicht anhand des *Detainee Treatment Act of 2005* (42 U.S.C. § 2000dd) begründet werden.

⁷⁴⁰ Vgl. z.B. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 256 n. 192 (2003).

ziert worden. Der US-Senat hat aber diese völkerrechtlichen Vorschriften, aus denen sich das absolute Folterverbot ergibt, ausdrücklich als nicht *self-executing* erklärt.⁷⁴¹ Welche Folgen hinsichtlich der innerstaatlichen Anwendbarkeit dieser Vorschriften eine solche Erklärung nach sich zieht, ist in den USA umstritten.

Eine Ansicht beharrt auf dem wörtlichen Verständnis des Art. VI Abs. 2 US-Verfassung, also der sogenannten *Supremacy*-Klausel, wonach alle im Namen der USA abgeschlossenen oder künftig abzuschließenden Verträge, genauso wie die Verfassung an sich und die Bundesgesetze, das oberste Gesetz des Landes sind.⁷⁴² Daher sei im Prinzip jeder ratifizierte Vertrag auch innerstaatlich verbindlich und es werde schlechthin gegen die Verfassung verstoßen, wenn man einen ratifizierten internationalen Vertrag als *non-self-executing* erkläre und dadurch seine direkte Anwendbarkeit im Inland einzuschränken versuche. Als Ausnahmen gälten insofern nur diejenigen Verträge, bei denen dem Wortlaut nach eine inländische Gesetzgebung verlangt wird oder es sich um eine Kriegserklärung im Namen der USA handelt.⁷⁴³ Dieser Meinung nach müssten auch die Regelungen in Bezug auf das absolute Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und im IPbPr als geltendes Recht in den USA betrachtet werden und dürften von den Gerichten als eine absolute Schranke für die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall herangezogen werden.

Die traditionelle, heute noch herrschende Ansicht geht hingegen davon aus, dass die als *non-self-executing* erklärten internationalen Verträge zwar als ein Teil des US-amerikanischen Rechts anzusehen sind, aber ohne entsprechende Gesetzgebung des Congress nicht von den Bundesgerichten unmittelbar als Bundesgesetze zur Anwendung gebracht werden dürfen.⁷⁴⁴ Auch die Rechtsprechung stimmt dieser

⁷⁴¹ Vgl. hinsichtlich der UN-Antifolterkonvention: U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 138 Cong. Rec. S17486-01 (daily ed., 27 Oct. 1990): “III. The Senate’s advice and consent is subject to the following declarations: (1) That the United States declares that the provisions of Articles 1 through 16 of the Convention are not self-executing.” Siehe auch in Bezug auf den IPbPr: U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., 2 April 1992): “III. The Senate’s advice and consent is subject to the following declarations: (1) That the United States declares that the provisions of Articles 1 through 27 of the Covenant are not self-executing.”

⁷⁴² Vgl. Art. VI Abs. 2 US-Verfassung: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land.”

⁷⁴³ Vgl. *Paust*, 82 Am. J. Int’l L. 760, 782–783 (1988).

⁷⁴⁴ Vgl. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 111 (1) und (3) (1987). In § 111 (1) wird geregelt: “International law and international agreements of the United States are law of the United States and supreme over the law of the several States.” § 111 (3) lautet aber: “Courts in the United States are bound to give effect to international law and to international agreements of the United States, except that a ‘non-self-executing’ agreement will not be given effect as law in the absence of necessary implementation.” Siehe weiter *Vázquez*, 99 Colum. L. Rev. 2154, 2157 n. 10 (1999) m.w.N.

Ansicht zu.⁷⁴⁵ Da gerade die oben genannten völkerrechtlichen Vorschriften für ein absolutes Folterverbot vom US-Senat als *non-self-executing* erklärt worden sind, können die Bundesgerichte jedenfalls nicht anhand dieser Regelungen die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall ausschließen.

Ein Teil der Rechtsprechung scheint sogar noch einen Schritt weiter gehen zu wollen. Der U.S. Supreme Court hat in der Entscheidung zum Fall *Medellin v. Texas* aus dem Jahr 2008 impliziert, dass ein *non-self-executing*-Vertrag gar kein innerstaatliches Recht darstellt. Denn die Pflichten aus einem solchen Vertrag an sich zwingen nicht dazu, nationales Gesetz zu erlassen.⁷⁴⁶ Die Vorschriften in einem *non-self-executing*-Vertrag können vielmehr nur durch die Gesetzgebung des Congress innerstaatliches Recht werden.⁷⁴⁷ Die betreffenden Formulierungen in dieser Entscheidung sind allerdings nicht ganz klar und könnten in verschiedener Weise ausgelegt werden.⁷⁴⁸ Ob der U.S. Supreme Court wirklich so weit gehen will, darf hier dahingestellt bleiben. Denn hinsichtlich der Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall gibt es keinen Unterschied, ob der U.S. Supreme Court – wie die oben genannte h.M. – die *non-self-executing*-Verträge lediglich als nicht von den Bundesgerichten direkt anwendbar ansieht, oder sie gar nicht als US-amerikanisches Recht betrachtet. Beide Auslegungen führen hier zu demselben Ergebnis: Die Heranziehung der Vorschriften für das absolute Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und dem IPbPR als eine unbedingte Schranke für die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall scheidet wegen des *non-self-executing*-Charakters dieser Regelungen aus.

bb) Das Völkergewohnheitsrecht

In den USA wird kaum bestritten, dass das Folterverbot als Völkergewohnheitsrecht gilt. Die Völkerrechtler sind sich nahezu einig, dass die völkerrechtlichen Vorschriften für das Folterverbot einen Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts darstellen.⁷⁴⁹ Auch die Rechtsprechung erkennt ein Völkergewohnheitsrecht gegen

⁷⁴⁵ Vgl. nur z.B. *United States v. Postal*, 589 F.2d 862, 875 (5th Cir. 1979); *Igartúa v. United States*, 626 F.3d 592, 605 (1st Cir. 2010); *ESAB Group, Inc. v. Zurich Ins. PLC*, 685 F.3d 376, 387 (4th Cir. 2012). Siehe auch *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 735 (2004).

⁷⁴⁶ Vgl. *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 520 (2008): “The point is that the particular treaty obligations [...] do not of their own force create domestic law.”

⁷⁴⁷ Vgl. *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 526 (2008): “[T]he terms of a non-self-executing treaty can become domestic law only in the same way as any other law – through passage of legislation by both Houses of Congress, combined with either the President’s signature or a congressional override of a Presidential veto.”

⁷⁴⁸ Vgl. *Bradley*, 102 Am. J. Int’l L. 540, 547–550 (2008). Zur Ansicht gegen eine so weitgehende Auslegung, vgl. z.B. *Vázquez*, 122 Harv. L. Rev. 599 (2008).

⁷⁴⁹ Vgl. *Decker*, 6 Chi. J. Int’l L. 803, 819 (2006).

Folter an.⁷⁵⁰ In einem Teil der Entscheidungen wird sogar der *ius cogens*-Charakter des Folterverbots hervorgehoben.⁷⁵¹ Dem Umstand, dass das Folterverbot als Völkergewohnheitsrecht anzusehen ist, steht auch die Tatsache nicht entgegen, dass einige Staaten die Folterhandlungen in der Praxis erlauben oder dulden. Denn einerseits stellen diese Staaten nur die Minderheit der Staatengemeinschaft dar. In einem Bericht der Nichtregierungsorganisation *Human Rights Watch* werden nur 16 Staaten aufgelistet, in denen staatliche Folter beobachtet wird. Nach einer Untersuchung der US-Regierung beträgt die Anzahl gut 25: Die eindeutige Mehrheit der Staaten foltert also nicht.⁷⁵² Zu beachten ist freilich andererseits, dass selbst in diesen wenigen Staaten Folter niemals offiziell anerkannt wird,⁷⁵³ sondern meistens auch nach dem inländischen Recht illegal bleibt.⁷⁵⁴ Auch die Bush-Regierung, die den Folterbegriff möglichst eng zu definieren und dadurch harte Vernehmungsmethoden zu ermöglichen versuchte, erklärte Folter bei zahlreichen Gelegenheiten für verboten.⁷⁵⁵ Hinzu kommt, dass das Folterverbot unter das „neue“ Völkergewohnheitsrecht fällt, das sich vom traditionellen Völkergewohnheitsrecht u.a. dadurch differenziert, dass es weniger auf der tatsächlichen Praxis der Staaten basiert, sondern auch aus internationalen Proklamationen, wie etwa den Resolutionen der Generalversammlung und den multilateralen Verträgen, entstehen kann.⁷⁵⁶ Somit bildet die Folterpraxis in einigen Staaten kein überzeugendes Argument gegen die Anerkennung des Folterverbots als Völkergewohnheitsrecht.⁷⁵⁷ Zu fragen

⁷⁵⁰ Vgl. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 884–885 (2d Cir. 1980); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 762 (2004) (Breyer, J., concurs in part and dissents in part).

⁷⁵¹ Vgl. *Bashe Abdi Yousuf v. Mohamed Ali Samantar*, 699 F.3d 763, 775 (4th Cir. 2012); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 717 (9th Cir. 1992); *Nuru v. Gonzales*, 404 F.3d 1207, 1222 (9th Cir. 2005).

⁷⁵² Vgl. *Decker*, 6 Chi. J. Int'l L. 803, 817 (2006).

⁷⁵³ Vgl. *Henckaerts*, 21 Refugee Survey Quarterly 186, 190 (2002).

⁷⁵⁴ Vgl. *Nuru v. Gonzales*, 404 F.3d 1207, 1222–1223 (9th Cir. 2005): “Indeed, torture is illegal under the law of virtually every country in the world and under the international law of human rights.”

⁷⁵⁵ Vgl. nur Remarks Following Discussions with Hungarian Prime Minister Peter Medgyessy and an Exchange with Reporters, 2004 Weekly Comp. Pres. Doc. 1130, 1131 (22 June 2004). Dabei hat *Bush* behauptet: “Let me make very clear the position of my government and our country: we do not condone torture. I have never ordered torture. I will never order torture. The values of this country are such that torture is not a part of our soul and our being.”

⁷⁵⁶ Vgl. *Bradley/Goldsmith*, 110 Harv. L. Rev. 815, 839 (1997). Insofern ist in den USA auch umstritten, ob das Völkergewohnheitsrecht auf der Praxis der Staaten basieren muss. Diese Frage wird bejaht sowohl von einem Teil der Literatur (vgl. *Kelly*, 40 Va. J. Int'l L. 449 [2000]) als auch von einigen Bundesgerichten (vgl. *Flores v. S. Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233, 250 [2d Cir. 2003]: “In determining whether a particular rule is a part of customary international law [...] courts must look to concrete evidence of the customs and practices of States.”).

⁷⁵⁷ Vgl. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 884 n. 15 (2d Cir. 1980): “The fact that the prohibition of torture is often honored in the breach does not diminish its binding effect as a norm of international law.”

ist aber, ob das Völkergewohnheitsrecht einen Teil des US-amerikanischen Rechts darstellt. Diese Frage ist in den USA seit der Mitte der 1990er Jahre heftig umstritten.

Ein Teil der Literatur, die sogenannte *modern position*, vertritt die Ansicht, dass das Völkergewohnheitsrecht immer *self-executing* sei und als *federal common law* von den Bundesgerichten zur Anwendung gebracht werden könne, auch wenn keine entsprechende Gesetzgebung des Congress vorliege.⁷⁵⁸ Als Begründung werden vor allem zahlreiche Entscheidungen aus zwei Jahrhunderten herangezogen, nach denen das Völker- bzw. Völkergewohnheitsrecht auch Recht der USA darstellt. In der Tat hat der U.S. Supreme Court bereits kurz nach der Gründung der USA die Ansicht geäußert, dass das Völkerrecht ein Teil des Rechts der USA („a part of the law of the United States“) ist.⁷⁵⁹ Im Jahr 1815 hat der U.S. Supreme Court auch festgestellt, dass er an Völkerrecht gebunden ist, das einen Teil des Rechts des Landes („a part of the law of the land“) darstellt.⁷⁶⁰ In der berühmten Entscheidung *The Paquete Habana* aus dem Jahr 1900 hat der U.S. Supreme Court ebenfalls ausdrücklich bestätigt, dass das Völkerrecht ein Bestandteil des US-amerikanischen Rechts („part of our law“) ist.⁷⁶¹ Dieselben Formulierungen finden sich auch in den Meinungsäußerungen des damaligen Generalstaatsanwalts (*Attorney General*).⁷⁶² Aufgrund dieser und anderer ähnlicher historischen Meinungsäußerungen wird auch in vielen neueren Entscheidungen die Ansicht vertreten, dass das Völkerrecht als *federal common law* angesehen werden solle.⁷⁶³

Ein anderer Teil der Literatur, die Auffassung der sogenannten *revisionists*, spricht sich gegen diese *modern position* aus. Danach besitzt das Völkerrecht, einschließlich des Völkergewohnheitsrechts, nicht automatisch den Status eines *federal common law*; das Völkergewohnheitsrecht ist vielmehr nur unter Genehmigung der Verfassung oder der politischen Departments (also der Legislative oder Exekutive) als Recht der USA anzusehen und von den Bundesgerichten anzuwenden.⁷⁶⁴ Denn in den Art. III und VI der US-Verfassung ist gerade nicht geregelt, dass das

⁷⁵⁸ Vgl. *Koh*, 111 Harv. L. Rev. 1824 (1998).

⁷⁵⁹ Vgl. *United States v. Ravara*, 2 U.S. 297, 299 n. 1 (1793): “The law of nations is a part of the law of the United States.”

⁷⁶⁰ Vgl. *The Nereide*, 13 U.S. 388, 423 (1815): “[T]he Court is bound by the law of nations which is a part of the law of the land.”

⁷⁶¹ Vgl. *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900): “International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination.”

⁷⁶² Vgl. *Skinner*, 44 Val. U. L. Rev. 825, 834 (2010).

⁷⁶³ Vgl. z.B. *In re Estate of Marcos Human Rights Litig.*, 978 F.2d 493, 502 (9th Cir. 1992): “It is also well settled that the law of nations is part of federal common law.” Siehe so auch *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 885 (2d Cir. 1980): “[T]he law of nations [...] has always been part of the federal common law.”

⁷⁶⁴ Vgl. *Bradley/Goldsmith*, 110 Harv. L. Rev. 815 (1997).

Völkergewohnheitsrecht ebenfalls das Recht der USA ist. Auch die oben erwähnten Formulierungen in der alten Rechtsprechung, wie etwa „law of the United States“, „law of the land“ und „our law“, beziehen sich eigentlich nicht auf das Bundesgesetz im heutigen Sinne, sondern auf das damals existierende *general common law*.⁷⁶⁵ In der Entscheidung *Erie v. Tompkins* aus dem Jahr 1938 hat der U.S. Supreme Court jedoch das *general common law* kategorisch abgelehnt.⁷⁶⁶ Seitdem dürfen die Bundesgerichte zwar noch *federal common law* entwickeln, dies kann jedoch nur unter sehr engen Voraussetzungen geschehen: Das *federal common law* muss vom vorhandenen Bundesrecht, sei es der Verfassung, einem Gesetz des Bundes oder einem Vertrag, abgeleitet werden; es darf nur zur Erfüllung der Regelungslücken der Bundesgesetze oder der Verfassung dienen; und die Entwicklung des *federal common law* muss mit den politischen Entscheidungen, die durch das geltende Bundesrecht zum Ausdruck gekommen sind, in Einklang stehen.⁷⁶⁷ Das *federal common law* kann somit nur ausnahmsweise unter wenigen und eng begrenzten Umständen geschaffen werden.⁷⁶⁸ Eine allgemeine Integrierung des Völkergewohnheitsrechts durch das *federal common law* in das US-amerikanische Recht ist daher nicht möglich.

Diese Problematik wurde in der neueren Entscheidung des U.S. Supreme Court zum Fall *Sosa v. Alvarez-Machain* aus dem Jahr 2004 tangiert.⁷⁶⁹ Zwar gehen einige Autoren davon aus, dass der U.S. Supreme Court in dieser Entscheidung die *modern position* begrüßt habe.⁷⁷⁰ Bei einer genaueren Untersuchung ergibt sich allerdings, dass das Gericht wohl nicht so weit gehen wollte.⁷⁷¹ In seiner Entscheidung hat es zwar die Möglichkeit anerkannt, dass aufgrund des ATS (auch *The Alien Tort Statute*, kodifiziert in 28 U.S.C. § 1350) eine Zivilklage wegen Verstoßes gegen Völkergewohnheitsrecht vor ein Bundesgericht gebracht werden darf. Dies soll allerdings nicht darauf hindeuten, dass der U.S. Supreme Court das Völkergewohnheitsrecht ohne oder sogar gegen den Willen des Gesetzgebers einschränkungslos ins Bundesrecht integrieren lassen würde. Denn die Anwendbarkeit des ATS beschränkt sich nur auf von Ausländern erhobene Zivilklagen, und das ATS als solches stellt auch bereits eine Genehmigung des Gesetzgebers zur (teilweisen) Anwendung des Völkerrechts auf der Bundesebene dar. Dass ein Teil des Völkergewohnheitsrechts durch das ATS vor den Bundesgerichten Anwendung

⁷⁶⁵ Vgl. *Bradley/Goldsmith/Moore, D.*, 120 Harv. L. Rev. 869, 884 (2007).

⁷⁶⁶ Vgl. *Erie R.R. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78 (1938): “There is no federal general common law.”

⁷⁶⁷ Vgl. *Bradley/Goldsmith/Moore, D.*, 120 Harv. L. Rev. 869, 878–881 (2007).

⁷⁶⁸ Vgl. *Wheeldin v. Wheeler*, 373 U.S. 647, 651 (1963): “The instances where we have created federal common law are few and restricted.”

⁷⁶⁹ Vgl. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁷⁷⁰ Vgl. *Flaherty*, 67 Law & Contemp. Probs. 169, 173 (2004); *Steinhardt*, 57 Vand. L. Rev. 2241, 2259 (2004).

⁷⁷¹ Vgl. *Bradley/Goldsmith/Moore, D.*, 120 Harv. L. Rev. 869, 902–907 (2007).

finden kann, bedeutet somit noch nicht, dass dieser schon als US-amerikanisches Gesetz allgemein anwendbar ist oder dass das Völkergewohnheitsrecht als Ganzes von den Bundesgerichten anerkannt werden muss. In der Tat hat der U.S. Supreme Court in seiner Entscheidung festgestellt, dass nur ein kleiner Teil des Völkergewohnheitsrechts durch das ATS von den Bundesgerichten durchgesetzt werden darf.⁷⁷² Insbesondere hat der U.S. Supreme Court dabei den *non-self-executing*-Charakter als einen Grund gegen die Anwendbarkeit des Völkergewohnheitsrechts auf Bundesebene herangezogen. Danach können z.B. die Vorschriften im IPbpr, die vom US-Senat als nicht *self-executing* erklärt wurden, keine „durchsetzbaren Pflichten“ bei den Bundesgerichten schaffen,⁷⁷³ und sogar die Erklärung dieser Vorschriften als *non-self-executing* an sich manifestiert schon den Willen des US-Senats, die Bundesgerichte von der Auslegung und Anwendung solcher völkerrechtlichen Regelungen abzuhalten.⁷⁷⁴ Da – wie oben erwähnt – die Vorschriften für ein absolutes Folterverbot sowohl in der UN-Antifolterkonvention als auch im IPbpr nach dem Verständnis des US-Senats *non-self-executing* sind, würde der U.S. Supreme Court sie wahrscheinlich ebenfalls nicht als *federal common law* akzeptieren und auch nicht schon damit die Ausschließung der Anwendbarkeit der *defense of necessity* im hier interessierenden Rettungsfolterfall begründen.⁷⁷⁵

cc) Das „Charming Betsy-Grundprinzip“

Da das Folterverbot im Völkerrecht weder durch internationale Verträge noch als Völkergewohnheitsrecht direkt vor den Bundesgerichten Anwendung findet, ist nun noch zu diskutieren, ob es doch in unmittelbarer Weise in die nationale

⁷⁷² Vgl. dazu *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 725 (2004): “[C]ourts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized.”

⁷⁷³ Vgl. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 735 (2004): “[A]lthough the [International] Covenant [on Civil and Political Rights] does bind the United States as a matter of international law, the United States ratified the Covenant on the express understanding that it was not self-executing and so did not itself create obligations enforceable in the federal courts.”

⁷⁷⁴ Vgl. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 728 (2004): “Several times, indeed, the Senate has expressly declined to give the federal courts the task of interpreting and applying international human rights law, as when its ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights declared that the substantive provisions of the document were not self-executing.”

⁷⁷⁵ Der U.S. Supreme Court geht zwar davon aus, dass der TVPA eine Genehmigung für die Verhandlung der Folterfälle vor den Bundesgerichten darstellt (vgl. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 728 [2004]: “It is true that a clear mandate appears in the Torture Victim Protection Act of 1991, [...] providing authority that ‘establish[es] an unambiguous and modern basis for’ federal claims of torture.”). Diese Äußerung bezieht sich aber nur auf die Zivilklagen gegen ausländische Hoheitsträger wegen Folter und kann daher nicht verallgemeinert werden.

Rechtsordnung der USA einfließen kann. Zu fragen ist nämlich, ob das völkerrechtliche absolute Folterverbot die Auslegung des Bundesgesetzes beeinflusst und sich somit auf die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall auswirkt. Hier kommt in erster Linie das „Charming Betsy-Grundprinzip“ (*Charming Betsy canon*) in Betracht.

(1) Allgemeines

Das Charming Betsy-Grundprinzip erhielt seinen Namen von der berühmten Entscheidung des U.S. Supreme Court zum Fall *Murray v. The Schooner Charming Betsy* aus dem Jahr 1804. Darin hat der U.S. Supreme Court festgestellt, dass ein vom U.S. Congress erlassenes Gesetz, solange eine andere Möglichkeit besteht, niemals in der Art und Weise ausgelegt werden soll, dass es gegen das Völkerrecht verstößt.⁷⁷⁶ Obwohl die Formulierung in Details variiert,⁷⁷⁷ wird das Charming Betsy-Grundprinzip – zwar häufig ohne ausdrücklichen Verweis auf den Namen – von den Bundesgerichten weitgehend anerkannt und bei der Auslegung der Bundesgesetze berücksichtigt.⁷⁷⁸ Dies ist insbesondere der Fall, wenn es um die Auslegung bestimmter Begriffe mit einer im Völkerrecht festgestellten Bedeutung geht und es einen Beweis dafür gibt, dass der Congress auch diese Bedeutung annehmen will.⁷⁷⁹ Der genaue Anwendungsbereich dieses Grundprinzips ist allerdings in den USA nicht völlig klar. Ob die Rechtsprechung anhand des Charming Betsy-Grundprinzips die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall ausschließen würde, ist im Hinblick auf den Sinn und Zweck dieses Grundprinzips ziemlich zweifelhaft.

⁷⁷⁶ Vgl. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. 64, 118 (1804): “[A]n act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains”. Dieses Grundprinzip findet sich aber bereits in der Entscheidung des U.S. Supreme Court zum Fall *Talbot v. Seeman* aus dem Jahr 1801. Dabei hat der U.S. Supreme Court anerkannt: “[T]he laws of the United States ought not, if it be avoidable, so to be construed as to infract the common principles and usages of nations, or the general doctrines of national law.” Siehe *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. 1, 43 (1801).

⁷⁷⁷ Vgl. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 114 (1987): “Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States.”

⁷⁷⁸ Vgl. z.B. *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 252 (1984): “There is [...] a firm and obviously sound canon of construction against finding implicit repeal of a treaty in ambiguous congressional action.” Siehe auch *Spiess v. C. Itoh & Co. (America), Inc.*, 643 F.2d 353, 356 (5th Cir. 1981); *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086, 1091 (D.C. Cir. 1991).

⁷⁷⁹ Vgl. z.B. nur *United States v. Rosero*, 42 F.3d 166, 171 (3d Cir. 1994).

(2) Der mutmaßliche Wille des Congress

Eine Ansicht rechtfertigt das Charming Betsy-Grundprinzip mit der Begründung, dass der U.S. Congress im Prinzip das Völkerrecht nicht verletzen wolle. Da ein Verstoß gegen das Völkerrecht andere Länder beleidigen und daher außenpolitische Schwierigkeiten für die USA verursachen könnte, solle angenommen werden, dass der Congress nicht beabsichtigen werde, eine internationale Pflicht der USA dadurch abzulehnen, dass er eine Vorschrift des Völkerrechts oder einen internationalen Vertrag nicht als nationales Gesetz erkläre.⁷⁸⁰ Auch die alte Rechtsprechung ging in der Tat davon aus, dass der Congress die völkerrechtlichen Prinzipien für „heilig“ (*sacred*) hält.⁷⁸¹ Aus der Zuschreibung eines solchen „völkerrechtstreuen Charakters“ folgt die Berechtigung, die Bundesgesetze im Lichte des Völkerrechts auszulegen.⁷⁸² Denn eine solche Auslegung werde mit dem mutmaßlichen Willen des Congress korrespondieren. Dementsprechend sei das Charming Betsy-Grundprinzip nur dann nicht anwendbar, wenn die Ansicht des Congress, vom Völkerrecht abzuweichen, eindeutig zum Ausdruck kommt.⁷⁸³

Mit diesem vermutlich völkerrechtstreuen Charakter des U.S. Congress mag die Realität im 18. und auch Anfang des 19. Jahrhunderts richtig eingeschätzt sein. Denn damals waren die USA nur eine schwache Macht, weshalb sie bewusst die Verletzung des Völkerrechts, welche eine Kriegsgefahr hätte bedeuten können, zu vermeiden versuchten. Gerade die Schwäche des Staates im Vergleich zu den damaligen europäischen Mächten zwang die USA, das Völkerrecht zu respektieren.⁷⁸⁴ Heute ist dies angesichts ihrer Supermacht-Rolle freilich nicht mehr der Fall. Mit der Veränderung der internationalen Beziehungen und dem Wachstum der militärischen und wirtschaftlichen Macht ändert sich auch der Status des Völkerrechts in den USA.⁷⁸⁵

Zu beachten ist auch Folgendes: Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg, beschäftigt sich das Völkerrecht nicht nur mit der Problematik des zwischenstaatlichen Verhältnisses, sondern auch immer mehr mit dem Thema der Menschenrechte bzw. der Beziehung zwischen den Bürgern und

⁷⁸⁰ Vgl. dazu Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 115 (1987), cmt. a.

⁷⁸¹ Vgl. *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. 1, 44 (1801).

⁷⁸² Vgl. z.B. *Fitzpatrick*, 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 165, 179 (1995-1996): “The Charming Betsy principle is premised on the attribution of an internationally law-abiding character to the law-giver whose unclear enactments are at issue.”

⁷⁸³ Vgl. *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 120 (1933): “A treaty will not be deemed to have been abrogated or modified by a later statute unless such purpose on the part of Congress has been clearly expressed.” Siehe auch *United States v. Palestine Liberation Organization*, 695 F. Supp. 1456, 1468 (S.D.N.Y. 1988).

⁷⁸⁴ Vgl. *Jay*, 42 Vand. L. Rev. 819, 839 (1989).

⁷⁸⁵ Vgl. *Lobel*, 71 Va. L. Rev. 1071, 1104 (1985).

ihrer Regierung. Dadurch ist die Gefahr entstanden und gestiegen, dass das Völkerrecht dem innerstaatlichen Recht widerspricht. Vor diesem Hintergrund haben die USA seit Jahrzehnten einen starken Widerwillen gegen das Völkerrecht im Bereich der Menschenrechte. Viele multilaterale Verträge über die Garantie der Menschenrechte haben die USA gar nicht ratifiziert. Selbst bei denjenigen, die sie ratifiziert haben, wurde in der Regel eine Reihe von RUDs (*reservations, understandings and declarations*) hinzugefügt, durch die die innerstaatlichen Auswirkungen dieser Verträge eingeschränkt werden.⁷⁸⁶ Gerade durch diese RUDs wird deutlich gezeigt, dass die USA immer sicherzustellen versuchen, dass das Befolgen des Völkerrechts die Gesetze, die Politik und die Praxis der USA nicht verändert, auch wenn diese die internationalen Kriterien nicht erfüllen.⁷⁸⁷

Schließlich ist nicht zu übersehen, dass in den USA weitgehend anerkannt ist, dass der U.S. Congress durchaus Gesetze verabschieden darf, die mit dem Völkerrecht nicht im Einklang stehen.⁷⁸⁸ Angesichts dieser Tatsache ist es heute wohl nicht mehr möglich, das Charming Betsy-Grundprinzip anhand einer angeblichen legislativen Absicht zur Befolgung des Völkerrechts zu begründen. Aber selbst wenn man dennoch von einer solchen Begründung ausgehen will, lässt sich die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im hier interessierenden Rettungsfolterfall nicht aufgrund des Charming Betsy-Grundprinzips verneinen. Denn der U.S. Senat hat bereits die völkerrechtlichen Vorschriften für ein absolutes Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und im IPbPR als nicht *self-executing* erklärt und gerade dadurch seinen Willen manifestiert, diese Vorschriften ohne weitere Gesetzgebung nicht in die US-amerikanische Rechtsordnung zu integrieren.

(3) Das internationalistische Verständnis

Eine andere Ansicht in der Literatur sieht den Sinn und Zweck des Charming Betsy-Grundprinzips nicht darin, den mutmaßlichen Willen des U.S. Congress zu verwirklichen, sondern vielmehr darin, das US-amerikanische Recht zu ergänzen und auf das Völkerrecht abzustimmen. Danach wären die Bundesgerichte durch dieses Prinzip befugt, aber auch verpflichtet, die Gesetzesauslegung im Lichte des Völkerrechts vorzunehmen, materielle internationale Kriterien bei der Konstruktion nationalen Rechts einzusetzen und die Haftung der USA wegen Verstoßes gegen das Völkerrecht zu vermeiden.⁷⁸⁹ Das Charming Betsy-Grundprinzip zielt also auf die Durchsetzung des Völkerrechts – wenn auch ohne oder gegen den Willen des Congress – im Inland ab. Auch ein Teil der Rechtsprechung geht davon aus, dass

⁷⁸⁶ Vgl. *Bradley*, 86 Geo. L.J. 479, 520–521 (1997).

⁷⁸⁷ Vgl. *Henkin*, 89 Am. J. Int'l L. 341, 342 (1995).

⁷⁸⁸ Vgl. *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 679 (9th Cir. 1989): “In enacting statutes, Congress is not bound by international law; if it choose to do so, it may legislate contrary to the limits posed by international law.”

⁷⁸⁹ Vgl. *Steinhardt*, 43 Vand. L. Rev. 1103, 1112, 1128, 1134 (1990).

das Charming Betsy-Grundprinzip einen klaren Beweis dafür liefere, dass das Völkerrecht unabhängig von der Gesetzgebung des Congress vor den Bundesgerichten existiere.⁷⁹⁰

Diese Ansicht ist eng mit der oben dargestellten *modern position* verbunden. In der Tat ist ein solches „internationalistisches“ Verständnis des Charming Betsy-Grundprinzips nur dann stichhaltig, wenn die Bundesgerichte das Völkerrecht gegen die politischen Entscheidungen zur Anwendung bringen dürfen bzw. wollen. Aus der oben ausgeführten Diskussion zum Status des Völker- bzw. Völkergewohnheitsrechts ergibt sich allerdings, dass dies heute in den USA eher nicht der Fall ist. Schon in der Entscheidung *Erie v. Tompkins* wurde das *general common law* kategorisch aufgehoben, unter dem die Bundesgerichte das Völkerrecht unmittelbar anwenden konnten. Die Entscheidung *Sosa v. Alvarez-Machain* und auch einige andere Entscheidungen⁷⁹¹ zeigen, dass der U.S. Supreme Court das Völkerrecht nicht ohne oder sogar gegen den Willen des U.S. Congress ins Bundesrecht integrieren lassen will. Daher vermag dieses „internationalistische“ Verständnis des Charming Betsy-Grundprinzips nicht zu überzeugen.

(4) Die Manifestation der Gewaltenteilung

Eine dritte Ansicht versteht das Charming Betsy-Grundprinzip als eine Manifestation der Gewaltenteilung und befürwortet seine beschränkte Anwendung.⁷⁹² Da in den USA gilt, dass die Exekutive und Legislative, also die politischen Departments, für die Außenpolitik zuständig sind,⁷⁹³ müssten ihre Entscheidungen, ob und wie sich die USA entgegen dem Völkerrecht verhalten, auch von der Judikative respektiert werden. Liegt z.B. eine klare Stellungnahme des Congress vor, bestimmte völkerrechtliche Pflichten der USA zu verletzen, könne die Rechtsprechung nicht anhand des Charming Betsy-Grundprinzips anders entscheiden. Dieses Grundprinzip soll somit nur dann Anwendung finden, wenn der Standpunkt der Legislative unklar ist. In solchen Fällen lohne sich eine Auslegung im Einklang mit dem Völkerrecht, weil dadurch die Gefahr reduziert werde, dass die USA von der Judikative der Haftung wegen Verstoßes gegen das Völkerrecht ausgesetzt werden, obwohl die politischen Departments dieses Ergebnis eigentlich nicht wollen. Die-

⁷⁹⁰ Vgl. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 887 n. 20 (2d Cir. 1980).

⁷⁹¹ Vgl. z.B. *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989); *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 U.S. 155 (1993).

⁷⁹² Vgl. *Bradley*, 86 Geo. L.J. 479, 524–529 (1997).

⁷⁹³ Vgl. *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297, 302 (1918): “The conduct of the foreign relations of our Government is committed by the Constitution to the Executive and Legislative – ‘the political’ – Departments of the Government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision.” Siehe auch *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 589 (1952); *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222, 242 (1984).

ses Verständnis des Charming Betsy-Grundprinzips betont nicht, dass die tatsächliche Absicht der Legislative ermittelbar ist und die Gesetzesauslegung dem Willen der politischen Departments entspricht, oder dass dem Völkerrecht immer der Vorrang gewährt werden soll. Es stellt hingegen das Argument in den Mittelpunkt, dass man vor einem mehrdeutigen Gesetz dem Prinzip der Gewaltenteilung zwischen den Bundesorganen dadurch am besten gerecht wird, indem man dieses Gesetz so auslegt, dass kein Konflikt mit dem Völkerrecht entsteht.⁷⁹⁴ In der Tat hat der U.S. Supreme Court auch teilweise impliziert, dass das Charming Betsy-Grundprinzip von ihm angewendet wird, um Widersprüche gegen die Entscheidungen der politischen Departments zu vermeiden und um in der Außenpolitik der USA konsequent bleiben zu können.⁷⁹⁵

Dieses Konzept des Charming Betsy-Grundprinzips wird in der Literatur auch kritisiert. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass sich die Bundesgerichte doch nicht selten mit den Fällen beschäftigen, in denen die Außenpolitik der USA tangiert wird.⁷⁹⁶ Einige Autoren unterstreichen auch das logische Problem: Dieses Konzept rechtfertigt das Charming Betsy-Grundprinzip durch die Annahme, dass die Rechtsprechung den außenpolitischen Entscheidungen der politischen Departments folgt; andererseits räumt es aber der Rechtsprechung die Befugnis ein, das Bundesgesetz in einem bestimmten Umfang im Lichte des Völkerrechts auszulegen. Durch die Wahl der betreffenden völkerrechtlichen Regelungen und die Feststellung des Konflikts zwischen dem Völker- und innerstaatlichen Recht mischt sich jedoch die Rechtsprechung schon aktiv in die außenpolitischen Angelegenheiten ein, geschweige denn, dass diese Gesetzesauslegung der Rechtsprechung dem tatsächlichen Willen der politischen Departments zuwiderlaufen kann.⁷⁹⁷

Auf den Streit ist hier nicht tiefer einzugehen. Geht man vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung davon aus, dass die Bundesgerichte die politischen Entscheidungen in Bezug auf die Anwendbarkeit des Völkerrechts im Inland respektieren müssen, dann ist die Ausschließung der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall schon nicht anhand des Charming Betsy-Grundprinzips zu begründen: Der US-Senat hat gerade das absolute Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und im IPbPR als nicht *self-executing* erklärt und dadurch seine Entscheidung zum Ausdruck gebracht, das Folterverbot im Völkerrecht nicht ohne weitere Gesetzgebung ins Bundesgesetz zu integrieren.

⁷⁹⁴ Vgl. Bradley, 86 Geo. L.J. 479, 526 (1997).

⁷⁹⁵ Vgl. Weinberger v. Rossi, 456 U.S. 25, 32 (1982).

⁷⁹⁶ Vgl. Steinhardt, 43 Vand. L. Rev. 1103, 1133 (1990).

⁷⁹⁷ Vgl. Turley, 44 Hastings L.J. 185, 238–239 (1993).

c) Zwischenergebnis

In der Folterdebatte vertritt ein Teil der Literatur unter Berufung auf das absolute Folterverbot im Völkerrecht die Ansicht, dass das Folterverbot eine festgelegte Wertentscheidung nicht nur der Staatengemeinschaft, sondern auch der US-amerikanischen Legislative sei, weshalb die Anwendung der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall ausgeschlossen werde.⁷⁹⁸ Aus der Untersuchung über den Status des Völkerrechts in der Rechtsordnung der USA ergibt sich jedoch, dass diese Meinung wohl nur schwierig begründet werden kann. Einer der Gründe besteht darin, dass der U.S. Congress seit Jahrzehnten vor dem Hintergrund der Entstehung und Entwicklung des neuen Völker- bzw. Völkergewohnheitsrechts, dessen Schwerpunkt immer mehr in der Menschenrechtsgarantie und der Beziehung zwischen den Bürgern und ihrem Staat liegt, ziemlich zurückhaltend ist bei der Integrierung des Völkerrechts in die US-amerikanische Rechtsordnung, weil er die Veränderung des Bundesgesetzes vermeiden will. So werden beispielsweise gerade die Vorschriften für das absolute Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und im IPbPr vom US-Senat als nicht *self-executing* erklärt, sodass diese Vorschriften zwar auf der internationalen Ebene für die USA verbindlich, im Inland aber nicht anwendbar sind. Andererseits will sich der U.S. Supreme Court auch mit Rücksicht auf die Gewaltenteilung nicht in die legislativen Entscheidungen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Völkerrechts einmischen. Somit erfolgt *Buergenthals* Beobachtung in den späten 1990er Jahren nicht zu Unrecht:

„Während die USA einmal ein völkerrechtsfreundliches Rechtssystem hatten, ist dies heute sicher nicht mehr wahr. In der Tat sind die USA von einem Pionier in diesem Bereich zu einem Staat geworden, der – anders als einige andere westliche Demokratien – immer mehr Hindernisse in den Weg legt, seinen völkerrechtlichen Pflichten innerstaatliche Wirkung zu verleihen.“⁷⁹⁹

4. Die Interessenabwägung im Rettungsfolterfall

Da im Rettungsfolterfall der Polizeibeamte auch ohne Zweifel mit Rettungswillen handelt, hängt die *justifiability* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* schließlich vom Ergebnis der Interessenabwägung ab. Welche Faktoren im Rettungsfolterfall zu berücksichtigen sind und wie sie das Resultat beeinflussen, ist

⁷⁹⁸ Vgl. *Kovarovic*, 22 Fla. J. Int'l L. 251, 276 (2010). Einige Autoren für eine *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* halten auch das Folterverbot im Völkerrecht für die wichtigste Hürde für die Anwendbarkeit dieser *defense* im Rettungsfolterfall. Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1622–1623 (2007).

⁷⁹⁹ Vgl. *Buergenthal*, 36 Colum. J. Transnat'l L. 211, 212 (1998): “[W]hile the United States once had a legal system that was international-law friendly, this is certainly no longer true today. In fact, the United States has moved from being a pioneer in this area to being a country that, unlike some other Western democracies, puts increasing obstacles in the way of giving domestic effect to its international legal obligations.”

allerdings umstritten. Wie oben bereits dargestellt, sieht die h.M. in den USA das Wesen der strafrechtlichen *justification* in der moralischen Richtigkeit der infrage kommenden Handlung. Daher ist die Interessenabwägung der *defense of necessity* auch unvermeidbar mit der Moralphilosophie verbunden. Im Folgenden werden zuerst die relevanten Abwägungsfaktoren dargestellt; danach ist auf die Frage einzugehen, welche Abwägungsergebnisse erwartet werden können.

a) Faktoren der Interessenabwägung

aa) Die utilitaristische Formel

Viele utilitaristische Autoren sehen keine Besonderheit hinsichtlich der Interessenabwägung im Rettungsfolterfall bzw. der *justifiability* der Rettungsfolter. Nach *Posner* und *Vermeule* gibt es keinen Grund dafür, die Zwangsvernehmung (*coercive interrogation*), unter die auch die Folter fällt, spezifisch zu behandeln.⁸⁰⁰ Auch im Rettungsfolterfall sollen geschützte und verletzte Interessen gegeneinander abgewogen werden, wodurch festzustellen ist, ob ein größeres Übel abgewendet wird und die Misshandlungen daher *justified* sind. Im Rahmen dieser Interessenabwägung kommen vor allem Faktoren in Betracht, wie etwa die Zahl der Menschen, deren Leben durch die Explosion einer Zeitbombe gefährdet wird, der Grad der drohenden Gefahr, die Intensität der zuzufügenden Schmerzen oder Leiden und die Wahrscheinlichkeit, dass der Gefolterte die benötigten Informationen hat.⁸⁰¹ *Bagaric* und *Clarke* haben sogar eine interessante Formel für die *justifiability* der Rettungsfolter entwickelt:

$$\frac{W + L + P}{T \times O}$$

Dabei steht *W* dafür, ob der Gefolterte der Täter ist, durch dessen Handlung die Interessen der anderen gefährdet werden; *L* steht für die Zahl der Menschen, die ohne rettende Informationen ihr Leben verlieren werden; *P* für die Wahrscheinlichkeit, dass der Gefolterte die rettenden Informationen hat; *T* für die restliche Zeit bis zur Explosion der Bombe, also die Unmittelbarkeit der Gefahr, und *O* für die Möglichkeit, dass die Gefahr durch andere Ermittlungsmethoden abgewendet werden könnte. Wenn im Einzelfall unter Berücksichtigung dieser Variablen ein Wert nach der Formel ausgerechnet wird, der eine bestimmte Schwelle überschreitet, dann wird die Rettungsfolter gerechtfertigt. Über dieser Schwelle gilt: Je höher der ausgerechnete Wert nach der Formel ist, desto intensivere Schmerzen oder Leiden dürfen zugefügt werden, auch wenn dadurch der Tod des Gefolterten verursacht

⁸⁰⁰ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 675 (2006).

⁸⁰¹ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1614 (2007).

werden könnte.⁸⁰² Somit zeigt sich: Je mehr Menschen dadurch gerettet werden können und je drängender die Situation ist, desto möglicher ist es, die Rettungsfolter, insbesondere wenn sie sich gegen den Täter mit seinen erforderlichen Informationen richtet, als *justified* zu bewerten. Diese Formel dient freilich nur zur Veranschaulichung und ist – wie *Bagaric* und *Clarke* selbst anerkennen – nicht präzise. Denn weder die jeweilige Variable noch die genaue Schwelle für die *justification* der Rettungsfolter lässt sich beziffern. Hinzu kommt, dass nicht alle Abwägungsfaktoren im Rettungsfolterfall von dieser Formel erfasst werden. In der Tat ist die Folterdebatte gerade dadurch gekennzeichnet, dass unterschiedliche Abwägungsfaktoren von den Autoren berücksichtigt und in den Mittelpunkt gerückt werden.

bb) Analogie zur self-defense

(1) Verschulden des gefolterten Täters

Ein Teil der Literatur streicht das Verschulden des gefolterten Täters heraus und begründet somit die *justification* der Rettungsfolter in Analogie zur *self-defense*. Der berühmteste Vertreter dieser Ansicht ist *Moore*. In einem Ende der 1980er Jahre veröffentlichten Aufsatz hat er sowohl den Handlungs- als auch den Regelutilitarismus widerlegt und für eine Norm *never torture* plädiert. Allerdings wollte *Moore* diese Norm nicht verabsolutieren. Denn moralische Normen müssen auch Ausnahmen enthalten, um Plausibilität zu gewinnen.⁸⁰³ Hinsichtlich der Norm *never torture* gibt es ebenfalls einige Ausnahmen; eine von ihnen ist die Analogie zur *self-defense*: Der Legitimationsgrund der *self-defense* besteht darin, dass in einem Konflikt gerechterweise der angreifende Täter verletzt werden soll, weil gerade er die Situation hervorgerufen hat, in der entweder er selbst oder der Angegriffene verletzt werden muss. Überträgt man diese Überlegung auf den Rettungsfolterfall, dann ergibt sich, dass die Folter des Täters durchaus *justifiable* ist. Denn hier hat der Täter durch das Legen der Zeitbombe eine Situation geschaffen, in der jemand – entweder der Täter selbst oder unschuldige andere – verletzt wird. Liegt keine andere Möglichkeit zur Lösung dieses Konflikts vor, muss die Rettungsfolter gerechtfertigt werden, und zwar aus demselben Grund, aus dem die *self-defense* gerechtfertigt wird.⁸⁰⁴ Auf der anderen Seite ist nach *Moore* der schuldhafte Täter moralisch „widerwärtig“ (*odious*) und verdient Strafe. Daher ist die Rettungsfolter gegen ihn weniger falsch als gegen einen Unschuldigen, sodass sie durch das Erhaltungsgut bzw. die erzielten guten Konsequenzen gerechtfertigt werden kann.⁸⁰⁵

⁸⁰² Vgl. *Bagaric/Clarke*, 39 U.S.F. L. Rev. 581, 613–614, 611 (2005).

⁸⁰³ Vgl. *Moore*, 23 Isr. L. Rev. 280, 315–316 (1989).

⁸⁰⁴ Vgl. ebenda, 321–323 (1989).

⁸⁰⁵ Vgl. ebenda, 326–327 (1989). Nach *Moore* existiert des Weiteren noch eine Ausnahme zum Folterverbot, nämlich die Einwilligung des Gefolterten (vgl. dort S. 316–320). Darüber hinaus gilt noch die sog. *threshold deontology*: Wenn die anzuwendenden Schät-

(2) Zusammenhang zwischen Verschulden und Nützlichkeit

Auch *Colb* vergleicht die Rettungsfolter mit der *self-defense*. Anders als *Moore* konzentriert sie sich aber nicht nur auf das Verschulden des gefolterten Täters. Ihrer Meinung nach gibt es drei Kriterien für die *justification* der Tötung in *self-defense*: Der Getötete ist der Übeltäter, der die Gefahren für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit anderer in vorwerfbarer Weise hervorgerufen hat; durch die Tötung des Täters können die Interessen des potenziellen Opfers gewährleistet werden, weshalb die Tötung in *self-defense* für die Gefahrenabwehr nützlich ist; und schließlich muss ein enger Zusammenhang zwischen den ersten beiden Bedingungen bestehen, d.h. der Grund, dass durch die Tötung des Täters die Interessen des Opfers geschützt werden können, liegt gerade darin, dass der Täter derjenige ist, der den Angriff gegen das Opfer vornimmt und dessen Interessen gefährdet – die Tötung des Täters verhindert somit unmittelbar die Verletzung des Opfers. Diese Kriterien können im Rettungsfolterfall auch erfüllt werden. Hinsichtlich der Rettungsfolter ist zwar der Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Täters und der Nützlichkeit des Eingriffs in dessen Rechte für die Gefahrenabwendung nicht so leicht wie bei der *self-defense* festzustellen. Während dieser Zusammenhang schon im Begriff der *self-defense* inhärent ist, weil diese sich von Anfang an gegen den Angreifer richten muss und nur so für die Gefahrenabwehr nützlich sein kann, ist er bei der Rettungsfolter erst nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Denn die Rettungsfolter kann durchaus ebenfalls nützlich sein, wenn sie gegen eine Person vorgenommen wird, die nur zufällig die rettenden Informationen hat, weshalb ein Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Gefolterten und der Nützlichkeit der Misshandlung im Einzelfall nicht immer vorliegt. Aber wenn der Gefolterte im konkreten Fall tatsächlich der Täter ist, dann entsteht doch ein Zusammenhang zwischen dem Verschulden und der Nützlichkeit der Folter. Dieser Zusammenhang ist zwar immer noch schwächer als bei der *self-defense*, weil die Rettungsfolter nicht so „unmittelbar“ wie die Verteidigungshandlung der *self-defense* zur Gefahrenabwendung führt, er ist aber auch hinreichend eng, sodass die Rettungsfolter insofern gerechtfertigt werden kann.⁸⁰⁶

cc) Das spezifische Übel der Folter

(1) Leben gegen Schmerzen?

Die Befürworter der Rettungsfolter sind meistens der Auffassung, dass die Zufügung von Schmerzen gegenüber einer Person im Vergleich zum Tod vieler Menschen ein kleineres Übel darstelle. Zur Begründung wird häufig das Argument her-

den äußerst schwer sind, dann überwiege das utilitaristische Prinzip das deontologische Denken. In diesen Fällen könne sogar die Folter gegen einen Unschuldigen gerechtfertigt (*justified*) werden. Dazu siehe dort S. 327–332.

⁸⁰⁶ Vgl. *Colb*, 30 *Cardozo L. Rev.* 1411, 1439–1463 (2009).

angezogen, dass das Recht auf Leben viel wichtiger als das Recht auf körperliche Unversehrtheit sei. Da man den Täter, dessen Handlung das Leben anderer gefährdet, im Notfall sogar – wie etwa in *self-defense* – erschießen darf, müsse die Rettungsfolter, durch die dem Täter „nur“ Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, auch gerechtfertigt werden können.⁸⁰⁷ Diese Begründung greift zu kurz. Wie oben schon erwähnt, geht bei der Interessenabwägung im Sinne der *defense of necessity* in der Tat der Schutz von Leben prinzipiell dem der körperlichen Unversehrtheit vor. Allerdings folgt nicht schon daraus die *justifiability* der Rettungsfolter. Denn Folter bedeutet nicht nur Schmerzen, sie stellt vielmehr die extremste Form der Zufügung von Schmerzen und Leiden dar. Noch wichtiger ist: Das Übel der Folter erschöpft sich weder in der Zufügung der Schmerzen oder Leiden als solcher, noch in den zugefügten Schmerzen oder Leiden an sich.⁸⁰⁸ Dass Folter durchaus schlimmer als Tötung sein kann, zeigt z.B. schon das Eighth Amendment der US-Verfassung: Während in den USA die Todesstrafe noch legitim bleibt, wird die grausame und außergewöhnliche Bestrafung durch das Eighth Amendment verboten.⁸⁰⁹ In der Literatur wird das spezifische Übel der Folter auch häufig als ein wichtiger Abwägungsfaktor bei der *justification* der Rettungsfolter betont.

(2) Die Menschenwürde und die Grausamkeit der Folter

Folter ist grausam. Nach *Sussman*⁸¹⁰ ist Folter schlimmer als andere Formen von Brutalität und Grausamkeit. Denn Folter greift nicht nur – wie die Vertreter der Theorie *Kants* behaupten – in die Humanität und Autonomie des Opfers ein, weil der Folternde das Opfer als ein bloßes Mittel benutzt. Sie nötigt des Weiteren auch das Opfer, gegen sich selbst zu kämpfen: Sein Körper fühlt – unabhängig vom Willen – Schmerzen und Leiden und zwingt es, sich dem Willen des Folternden zu beugen; insofern verhält sich der Körper des Opfers gegen dieses selber, er bricht dem Opfer die Treue und beteiligt sich auch an der Misshandlung und Willensbrechung. Gerade diese Eigenschaft der Folter, das Opfer teilweise zum Feind gegen sich selbst zu pervertieren, hebt sie aus anderen Formen der Brutalität hervor und macht sie besonders verwerflich. Die *justification* der Folter ist somit viel schwieriger als die der „einfachen“ Schmerzzufügung an sich.

Nach *Luban* zielt Folter darauf ab, den Willen des Opfers zu brechen, es zu tyrannisieren und zu beherrschen. Die zugefügten Schmerzen zwingen das Folteropfer, alle seine Aufmerksamkeit auf die Leiden des Körpers zu richten, und isolieren es daher von der Außenwelt. Folter zeigt zudem die Überlegenheit des

⁸⁰⁷ Vgl. *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 704 (2006); *Palmer*, Is Torture Always Wrong?, *Spectator*, 24 Sept. 2005, 40.

⁸⁰⁸ Vgl. *Kreimer*, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 296–299 (2003).

⁸⁰⁹ Vgl. *Colb*, 30 *Cardozo L. Rev.* 1411, 1430 (2009).

⁸¹⁰ Vgl. *Sussman*, 33 *Phil. & Pub. Aff.* 1, 19–30 (2005).

Folternden und stellt eine Erniedrigung für das Opfer dar. Sie entzieht ihm somit die Menschenwürde und lässt sich deshalb nicht mit dem Liberalismus in Einklang bringen. Denn der Liberalismus geht gerade davon aus, dass die Menschenwürde jedem Menschen, ungeachtet seiner gesellschaftlichen Stellung, gleicherweise inhärent ist und setzt die Grausamkeit an die erste Stelle der Übel. Folter ist hingegen ein Mikrokosmos der tyrannisch politischen Beziehung, die der Liberalismus am meisten ablehnt. Die Rettungsfolter erfolgt zwar mit Rettungsabsicht und distanziert sich insofern von den traditionellen Folterarten, in denen Folter als Vergnügung des Siegers, zur Terrorisierung oder Bestrafung oder zur Erpressung von Geständnissen vorgenommen wird. Aber dabei erlebt der gefolterte Täter ebenso viel Schrecken und ebenso viel Erniedrigung und Unterlegenheit. Aus seiner Sicht ist die Rettungsfolter also gleichfalls tyrannisch.⁸¹¹ Da auch die Rettungsfolter die Menschenwürde verletzt und mit dem Liberalismus nicht vereinbar ist, muss sie in der freiheitlichen Rechtsordnung absolut verboten werden. Die Idee, dass die Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation gerechtfertigt werden kann bzw. die *liberal ideology of torture*, erweist sich somit als nichts anderes als eine *dangerous delusion*.⁸¹²

Auch *Waldron* geht von der Grausamkeit der Folter aus und misst dem Folterverbot signifikante Bedeutung in der Rechtsordnung zu. Seiner Meinung nach besteht eine Verknüpfung zwischen dem Sinn des Rechts und dem Respekt vor der Menschenwürde, der auch in extremen Fällen gilt. Das Recht ist freilich zwingend, wie zahlreiche rechtliche Sanktionen zeigen. Das Recht ist aber nicht brutal, es funktioniert nicht durch jämmerliche Furcht oder bestialischen Terror, auch nicht durch barbarische Willensbrechung. Insofern gilt das Folterverbot in der Rechtsordnung des freiheitlichen Staats als ein von *Waldron* so bezeichneter „Archetyp“ (*archetype*): Es stellt nämlich ein klares Symbol für die Entschiedenheit der US-amerikanischen Rechtsordnung dar, die Verbindung des Rechts mit der Brutalität, mit dem Terror und mit der Willensbrechung zu trennen und eine eindeutige Grenze zwischen dem Recht und der Brutalität, zwischen dem Recht und der Wildheit zu ziehen.⁸¹³ Höhlt man das Folterverbot als Archetyp aus, würde der Charakter des Rechtssystems pervertiert, auch wenn nur wenige tatsächlich der Folter ausgesetzt werden: Dann würde die Ablehnung der Brutalität nur bedingt gelten und kein entscheidendes Prinzip mehr darstellen. Dies hat wiederum zur Folge, dass das bereits in der Rechtsordnung etablierte Verbot zahlreicher anderer, im Vergleich zur Folter relativ milderer Misshandlungen, wie etwa Prügelstrafe im Gefängnis oder Aussaageerzwingung, kaum noch zu begründen ist.⁸¹⁴ Hinzu kommt: Da sich das Recht der Brutalität widersetzt, verspricht auch das Prinzip der *rule of law*, dass die Aus-

⁸¹¹ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 38 ff.

⁸¹² Vgl. *Luban*, 91 Va. L. Rev. 1425, 1436, 1461 (2005).

⁸¹³ Vgl. *Waldron*, *Torture*, S. 232 ff.

⁸¹⁴ Vgl. ebenda, S. 242 ff.

übung staatlicher Gewalt ebenfalls das Prinzip der Ablehnung von Brutalität befolgt. Die praktische Beeinträchtigung des Folterverbots durch Amtsträger könnte somit durchaus das Prinzip der *rule of law* verletzen.⁸¹⁵

(3) Schutzlosigkeit des Folteropfers

Shue sieht das spezifische Übel der Folter darin, dass Folter einen grausamen Angriff auf diejenigen darstellt, die schutzlos (*defenseless*) sind. Der Folternde fügt also gerade einer Person, die bereits unter seiner physischen Kontrolle steht, keine Gefahr (mehr) darstellt und ihm ausgeliefert ist, Schmerzen und Schäden zu. Folter verstößt somit gegen das Verbot des Angriffs auf Schutzlose und ist daher moralisch besonders verwerflich.⁸¹⁶ In den Fällen der sogenannten Vernehmungsfolter (*interrogational torture*), in denen Folter zur Erpressung bestimmter Informationen erfolgt, kann es – wie z.B. im hier interessierenden Rettungsfolterfall – freilich sein, dass der Gefolterte zwar die geforderten Informationen tatsächlich hat, sie jedoch aus eigener Überzeugung nicht verraten will. Obwohl hier also die Preisgabe der Informationen die (Rettungs-)Folter beenden könnte, nutzt das Folteropfer diese Möglichkeit bewusst nicht aus. Somit ist fraglich, ob in solchen Fällen noch von der Schutzlosigkeit des Folteropfers ausgegangen werden kann. Nach *Shue* ist diese Frage zu bejahen. Denn die These, dass das Folteropfer nicht schutzlos ist, weil es die Fähigkeit zu kapitulieren in dem Sinne besitzt, dass es durch Unterwerfung unter den Willen des Folternden oder durch Kooperation mit diesem den Misshandlungen ein Ende setzen kann, setzt voraus, dass das Unterwerfen oder die Kooperation an sich das minimale Kriterium für die moralische Akzeptierbarkeit erfüllt. In den oben genannten Fällen würde aber die Preisgabe der Informationen den Verrat an den Idealen und ggf. auch den Freunden des Folteropfers bedeuten. Der Verrat an den eigenen Idealen gilt als Selbstverneinung und ist für das Opfer moralisch unakzeptierbar, weshalb die Möglichkeit zu verraten nicht bedeutet, dass sich das Folteropfer den Misshandlungen entziehen kann und daher nicht schutzlos ist.⁸¹⁷

Zwar bewertet *Shue* die Folter, selbst die Rettungsfolter, als besonders verwerflich und plädiert auch für ein prinzipielles Folterverbot. Er will aber das Folterverbot nicht verabsolutieren. So ist seiner Meinung nach die Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation, in der die Explosion der Zeitbombe – wie z.B. die Explosion einer Atombombe im Zentrum von Paris – zu einer absoluten Katastrophe führen würde, ohne Zweifel *justifiable*.⁸¹⁸

⁸¹⁵ Vgl. *Waldron*, 105 Colum. L. Rev. 1681, 1742–1743 (2005).

⁸¹⁶ Vgl. *Shue*, in: *Levinson* (ed.), *Torture*, S. 51.

⁸¹⁷ Vgl. ebenda, S. 52, 55.

⁸¹⁸ Vgl. *Shue*, 7 *Phil. & Pub. Aff.* 124, 141–143 (1978).

dd) Slippery slope

Nach einem Teil der Literatur sollen auch die Faktoren, deren Wirkungen über den Einzelfall hinausgehen, bei der Interessenabwägung im Rettungsfolterfall mitberücksichtigt werden. So wird häufig das *slippery slope*-Argument bzw. das Dambruchargument zur Verneinung der *justifiability* der Rettungsfolter herangezogen. In der Folterdebatte in den USA tritt dieses Argument in verschiedenen Varianten auf. Die zugrunde liegende Logik ist aber dieselbe: Die *justification* der Rettungsfolter in extremen Fällen stellt den Beginn einer schiefen Ebene dar und würde Stück für Stück weitere negative Konsequenzen zur Folge haben, weshalb sie von Anfang an ausgeschlossen werden soll.

Das erste *slippery slope*-Argument besagt, dass sich die Anwendung von Folter, wenn sie in der *ticking time bomb*-Situation gerechtfertigt wird, schnell ausbreiten würde.⁸¹⁹ Die *justification* dieser abstoßenden Praxis in bestimmten Fällen lockert unvermeidlich die Antipathie gegen sie ganz allgemein: Wenn Folter also nicht mehr undenkbar ist, dann wird über sie nachgedacht.⁸²⁰ Egal, wie man sich bemüht, die Anwendung von Folter auf die extremen, engen Situationen zu beschränken, die Tendenz zur Erweiterung dieser Situationen lässt sich nicht vermeiden.⁸²¹ Denn wenn Folter in ganz präzise definierten Situationen erlaubt wird, werden immer einige Amtsträger versuchen, die Außengrenze dieser Regel herauszufinden.⁸²² So stellt jede Erlaubnis von Folter in einem Einzelfall den Ausgangspunkt der Argumentation für den Foltereinsatz in anderen Situationen dar, die mit diesem Fall vergleichbar sind oder in denen es nur relativ an Dringlichkeit fehlt.⁸²³ Ist Folter aufgrund der Absicht zur Erpressung von rettenden Informationen in der *ticking time bomb*-Situation erlaubt, dann fragt sich, warum sie nicht auch mit derselben Absicht in anderen Fällen oder zu anderen guten Zwecken ausgeübt werden sollte.⁸²⁴ Warum kann man z.B. die Person nicht foltern, die den Namen eines Serienmörders weiß?⁸²⁵ Ohne ein absolutes Verbot gegen die Anwendung von Folter ist es also praktisch nicht möglich, die Ausnahmefälle Ausnahmen bleiben zu lassen. Steht die Folter dem Amtsträger auch nur einmal zur Verfügung, fällt die Unakzeptabilität der Folter lediglich einmal aus, würde die Folterpraxis legitimiert wer-

⁸¹⁹ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1056–1059 (2004).

⁸²⁰ Vgl. *Kadish*, 23 Isr. L. Rev. 345, 353 (1989).

⁸²¹ Vgl. *Chapman*, Should We Use Torture to Stop Terrorism?, Chi. Tribune, 1 Nov. 2001, 31.

⁸²² Vgl. *R. Posner*, The Best Offense, The New Republic, 2 Sept. 2002, 28.

⁸²³ Vgl. *Kreimer*, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 320–321 (2003).

⁸²⁴ Vgl. *Kremnitzer*, 23 Isr. L. Rev. 216, 261–262 (1989).

⁸²⁵ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1615 (2007).

den.⁸²⁶ Die Uferlosigkeit der Folter hat freilich vor allem zur Folge, dass zahlreiche Unschuldige gefährdet werden.⁸²⁷

Diese Bedenken scheinen auch durch die Erfahrungen Israels bestätigt. Nachdem das Oberste Gericht Israels im Jahr 1999 entschieden hat, dass die *defense of necessity* insbesondere in der *ticking time bomb*-Situation dem Personal des GSS (*General Security Service*), das zur Rettung von Menschenleben harte physische Vernehmungsmethoden in Verhören einsetzt, zur Verfügung steht,⁸²⁸ lässt sich in der Praxis die Anwendbarkeit der *defense of necessity* gar nicht auf Ausnahmefälle beschränken. Im Gegenteil: Nach einem Bericht der PCATI (*The Public Committee Against Torture in Israel*) akzeptiert der *Attorney General* seit jener Zeit die Behauptungen der GSS von *ticking bomb* und *defense of necessity* vielmehr bedingungs- und ausnahmslos.⁸²⁹ Folter wird nicht nur bei Personen angewandt, die angeblich Zeitbomben gelegt haben, sondern auch bei vielen anderen, wie etwa bei Verdächtigen von normalen Straftaten und bei politischen Aktivisten der Islamischen Bewegung, obwohl der größere Teil unter ihnen unschuldig ist. Die meisten Fälle, in denen eine harte Vernehmung wegen der Gefahr durch eine tickende Zeitbombe vor den Gerichten Israels gerechtfertigt wird, erweisen sich als „völlig unbegründet“. Ironisch ist, dass die intensiven Vernehmungen häufig nur an Werktagen erfolgen: Die „Zeitbombe“ tickt also nur werktags, hört am Wochenende auf zu ticken und tickt danach weiter, wenn die Vernehmer von ihrem Ruhetag zurückkehren.⁸³⁰ Nach der Bewertung der PCATI scheitert somit die Absicht des Obersten Gerichts Israels komplett, Folter ausschließlich in extremen Situationen als eine Verbesserung der Vernehmung im Einzelfall *ex post* zu erlauben. Die harte Vernehmung, die nur ausnahmsweise gerechtfertigt werden soll, ist Routine geworden, während die sogenannte vernünftige Vernehmung inzwischen als Ausnahme gilt.⁸³¹ Auch zahlreiche Berichte hinsichtlich der US-amerikanischen Erfahrungen in Abu Ghraib, Afghanistan und Guantánamo zeigen, dass die harte Vernehmung, die ursprünglich unter dem Slogan *war on terror* erlaubt wurde, kaum in Grenzen zu halten ist.⁸³²

Ein zweites *slippery slope*-Argument betont die Gefahr der Eskalation der Brutalität der Foltertechniken.⁸³³ Wenn man Misshandlungen einsetzen darf, die nicht lebensgefährlich sind, dann sollen auch die Foltertechniken, in denen Todesgefahr besteht, unter Umständen erlaubt werden. Wenn die Rettungsfolter gegen den Täter

⁸²⁶ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 267 (2003).

⁸²⁷ Vgl. *Kremnitzer*, 23 Isr. L. Rev. 216, 257–260 (1989).

⁸²⁸ Vgl. HCJ 5100/94, §§ 34 f.

⁸²⁹ Vgl. PCATI, *Back to a Routine of Torture*, 2003, S. 81.

⁸³⁰ Vgl. *Rumney*, 40 U.S.F. L. Rev. 479, 502–504 (2006) m.w.N.

⁸³¹ Vgl. PCATI, *Back to a Routine of Torture*, 2003, S. 89.

⁸³² Vgl. *Rumney*, 40 U.S.F. L. Rev. 479, 504–506 (2006) m.w.N.

⁸³³ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1615 (2007).

gerechtfertigt werden kann, weil dadurch die erforderlichen Informationen erpresst werden können, dann soll auch die Folter gegen die unschuldigen Familien oder Freunde des Täters *justifiable* sein, weil der Täter dadurch ebenfalls zur Aussage gezwungen werden könnte. Die Vertreter dieses Arguments sorgen sich nicht ohne Grund. So hat z.B. ein ehemaliger Amtsträger der CIA tatsächlich vorgeschlagen, dass die CIA zur Erpressung von erforderlichen Informationen auch die den Terroristen nahe stehenden Personen einbeziehen soll. Danach soll die CIA z.B. die Mutter und die Geschwister des Terroristen unter ihre Kontrolle stellen und diesem damit drohen, dass seine Familie „den Preis zu zahlen“ hat, falls er die falsche Entscheidung trifft.⁸³⁴

ee) Die anderen mittelbaren Auswirkungen der Folter

Neben den Bedenken aufgrund des *slippery slope*-Arguments sollen nach der Ansicht einiger Autoren auch zahlreiche andere mittelbare Auswirkungen der Folter in die Interessenabwägung miteinbezogen werden. So wird teilweise argumentiert, dass ein absolutes Folterverbot eine signifikante Bildungsfunktion besitzt.⁸³⁵ Das absolute Folterverbot zeigt, dass Folter besonders verabscheuungswürdig ist, und lehrt die Wichtigkeit der Menschenwürde und den Wert der Menschenrechte. Diese Informationen richten sich nicht nur an die Allgemeinheit im Inland, sondern auch an die Staaten der ganzen Welt. Dadurch kann vermieden werden, dass Demokratien z.B. bei der Terrorismusbekämpfung auf neue Gefahren überreagieren, was wiederum zu einer weiteren Senkung der moralischen Hemmschwelle gegenüber dem Gewalteininsatz führen würde. Diese Bildungsfunktion wird freilich beeinträchtigt, wenn die USA die Rettungsfolter – wenn auch nur ausnahmsweise – erlauben und daher nicht auf dem absoluten Folterverbot beharren. Die Akzeptanz der Folter in den USA kann zudem angesichts ihres starken Einflusses in der Welt sogar einen „Ansteckungseffekt“ auslösen: Wenn Folter in den USA, die als das Vorbild der Demokratie gelten und behaupten, im Namen des Guten gegen das Böse zu sprechen, als eine angemessene Maßnahme angenommen wird, dann können die anderen Staaten ggf. auch auf das Folterverbot verzichten.⁸³⁶ Insofern bildet dies einen besonderen Grund für die USA, das Folterverbot als Tabu aufrechtzuerhalten.⁸³⁷ Anderenfalls würde nicht nur der erst unter großen Anstrengungen erzielte, aber noch zerbrechliche Konsens der Staatengemeinschaft über das Folterverbot gefährdet.⁸³⁸ Zudem hätten sogar die folternden terroristischen Gruppen behaupten können, dass sie nur die Praxis der USA nachahmen. Dadurch wird auch

⁸³⁴ Vgl. *Drogin/Miller*, *Spy Agencies Facing Questions of Tactics*, L.A. Times, 28 Oct. 2001, 1.

⁸³⁵ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1504–1505 (2004).

⁸³⁶ Vgl. *Dershowitz*, *Terrorism*, S. 145.

⁸³⁷ Vgl. *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2052–2053 (2003).

⁸³⁸ Vgl. *Kadish*, 23 Isr. L. Rev. 345, 352 (1989).

die Gefahr erhöht, dass US-amerikanische Bürger unter Misshandlungen zu leiden hätten, wenn sie von Terroristen oder einem anderen Staat entführt oder gefangen werden.⁸³⁹

Auch weisen einige Autoren darauf hin, dass durch die *justification* der Rettungsfolter die USA den *moral high ground* beim Kampf gegen Terrorismus und gegen Folter sowie den Missbrauch der Menschenrechte verlieren würden.⁸⁴⁰ Wenn sie von ihren Feinden und den anderen Staaten als verdorben oder unmoralisch betrachtet werden, werden nicht nur außenpolitische Schwierigkeiten hervorgerufen. Es ist auch deshalb besonders nachteilig, weil die USA gerade versuchen, die Unentschiedenen in den muslimischen Ländern zu überzeugen, sich auf die Seite des Westens statt auf die Seite des islamischen Radikalismus zu stellen. Ist aber die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung der USA nicht mehr attraktiver als die der islamischen Radikalen, geht ein wertvolles Werkzeug der Propaganda verloren.⁸⁴¹

Schließlich wird auch als ein Argument gegen die *justification* der Rettungsfolter herangezogen, dass Folter die ganze Gesellschaft und auch den Folternden brutalisieren würde. Um Folter auszuüben, muss der Gefolterte als der „Fremde“ entmenschlicht werden. In diesem Vorgang ändert sich aber auch die Persönlichkeit des Folternden: Sowohl der Gefolterte als auch der Folternde werden weniger menschlich.⁸⁴² In der Tat gibt es bereits zahlreiche Berichte darüber, wie die Misshandlungen anderer die Persönlichkeit der Misshandelnden verändern.⁸⁴³ Der berühmteste ist das „Stanford-Gefängnis-Experiment“ im Jahr 1971, bei dem es sich um eine psychologische Erforschung menschlichen Verhaltens unter den Bedingungen der Gefangenschaft handelt. In diesem Experiment wurden ausgewählte Studenten aus der Mittelschicht durch Münzwurf zufällig in zwei Gruppen eingeteilt. Die Studenten in der einen Gruppe stellten die Wärter dar und die in der anderen Gruppe die Gefangenen. Während die „Gefangenen“ in die für dieses Experiment eingerichteten Zellen gesperrt wurden, konnten die Wärter alle Maßnahmen, einschließlich der Misshandlung der Gefangenen, ergreifen, um Ruhe und Ordnung im „Gefängnis“ zu wahren. Diese für zwei Wochen geplante Untersuchung musste aber aufgrund der Auswirkungen der Situation auf die teilnehmenden Studenten bereits nach sechs Tagen vorzeitig beendet werden. Einer der Gründe bestand darin, dass inzwischen einige „Wärter“ schon Sadisten geworden waren.⁸⁴⁴

⁸³⁹ Vgl. *Parry/White*, 63 U. Pitt. L. Rev. 743, 763 (2002).

⁸⁴⁰ Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 268–269 (2003). Siehe so auch *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1505 (2004); *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1613 (2007).

⁸⁴¹ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 695 (2006).

⁸⁴² Vgl. *Shue*, 50 Dissent 90, 91 (2003): “[T]he ultimate reason not to inflict agony upon other human beings is that it is degrading to all involved: all become less human.”

⁸⁴³ Vgl. *O’ Rourke/Chaudhri/Nyland*, 40 U.S.F. L. Rev. 85, 97–100 (2005) m.w.N.

⁸⁴⁴ Vgl. *Haney/Banks/Zimbardo*, 30 Naval Research Reviews 1, 4–17 (1973).

Auch dem Bericht in Bezug auf den *Dirty War* in Argentinien lässt sich z.B. entnehmen, dass Folter die Folternden brutalisieren kann.⁸⁴⁵ Zu beachten ist andererseits, dass Folter auch diejenigen brutalisiert und entmenscht, die sie dulden.⁸⁴⁶ So wird behauptet:

„Der Tag, an dem wir aufhören, Folter zu verurteilen, [...] ist der Tag, an dem wir aufhören, Menschen zu sein.“⁸⁴⁷

Die *justification* der (Rettungs-)Folter wirkt sich auf die Psyche der ganzen Gesellschaft aus⁸⁴⁸ und desensibilisiert die Bürger gegen die Leiden der anderen. Dies könnte dann zur Folge haben, dass sich die Allgemeinheit und die Regierung nicht nur für die harten Vernehmungsmethoden begeistern, was diese zur Routine der Rechtsdurchsetzung machen würde, sondern auch für die Folter als Technik z.B. zur Bestrafung, zur Einschüchterung der politischen Opposition oder zur Demonstration der staatlichen Gewalt.⁸⁴⁹

b) Die Gesamtabwägung

Was für eine Schlussfolgerung hinsichtlich der *justifiability* der Rettungsfolter unter Berücksichtigung aller oben genannten Abwägungsfaktoren gezogen werden kann, ist in der Literatur eine offene Frage. Wie zuvor bereits erwähnt, hängt die Antwort auf diese Frage in erster Linie von der moralischen Überzeugung der verschiedenen Autoren ab.

aa) Die deontologische Idee

Ein Teil der Literatur betont, dass Folter schon von Natur aus falsch ist. Diese Ansicht stützt sich häufig auf deontologische Gründe und rückt das spezifische Übel der Folter in den Mittelpunkt. Danach verletzt Folter nicht nur die körperliche und seelische Unversehrtheit des Folteropfers, sondern negiert auch seine Autonomie und Menschenwürde.⁸⁵⁰ Bei der Rettungsfolter wird der gefolterte Täter zum bloßen Objekt, zur Informationsquelle herabgewürdigt;⁸⁵¹ er wird auch gezwungen, gegen seinen fundamentalen Glauben, gegen seine Weltanschauung und Interessen zu handeln.⁸⁵² Beim Folterverbot geht es also nicht um die Reduzierung von Ge-

⁸⁴⁵ Vgl. *Luban*, 91 Va. L. Rev. 1425, 1447 (2005).

⁸⁴⁶ Vgl. *Kleinig*, 10 Deakin L. Rev. 614, 620 (2005).

⁸⁴⁷ Vgl. *Levinson*, 81 Tex. L. Rev. 2013 (2003): “The day we stop condemning torture [...] is the day we stop being human beings.”

⁸⁴⁸ Vgl. *Cohan*, 41 Val. U. L. Rev. 1587, 1613 (2007).

⁸⁴⁹ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 689 (2006).

⁸⁵⁰ Vgl. *Kreimer*, 6 U. Pa. J. Const. L. 278, 296–299 (2003).

⁸⁵¹ Vgl. *E. Gross*, 6 UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff. 89, 112 (2001).

⁸⁵² Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1492 (2004).

walt und Leiden, sondern um die moralische Bedeutung der menschlichen Handlung bzw. darum, wie wir unser Leben führen.⁸⁵³ Daher argumentiert z.B. *Ohlin*, dass das Folterverbot eine deontologische Einschränkung darstellt, die gegen das utilitaristische Kosten-Nutzen-Kalkül immun ist. Die Verletzung der Menschenwürde ist als ein kategorisches Übel anzusehen, das von keinen positiven Konsequenzen überwogen werden kann. Somit scheidet die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall aus.⁸⁵⁴

Diese Ansicht wird in den USA aber nur vereinzelt vertreten. Zwar wird die Verletzung der Menschenwürde häufig als Argument gegen die ausdrückliche Anerkennung der Rettungsfolter in der Rechtsordnung, wie etwa in Form einer gesetzlichen Legitimation oder des *torture warrant*, herangezogen. Denn eine solche Anerkennung – auch wenn dadurch schwere Schäden vermieden werden können – lässt sich nicht mit dem Prinzip vereinbaren, dass der Staat die Menschenwürde und Menschenrechte respektieren muss.⁸⁵⁵ Allerdings wollen in den USA nur wenige Autoren die deontologische Idee der Menschenwürdegarantie so kompromisslos durchsetzen, dass das Übel der Folter gar nicht messbar oder abwägbar ist und den Trumpf gegen die Nutzenmaximierung in allen möglichen Situationen darstellt.⁸⁵⁶ Die Verletzung der Menschenwürde wird also kaum als ein solches Übel betrachtet, das selbst in den extremen Fällen nicht von anderen Interessen überwogen werden kann, sodass eine *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* in der *ticking time bomb*-Situation von Anfang an ausgeschlossen wird. Die meisten Autoren, die aus deontologischen Gründen im Prinzip für das Folterverbot plädieren, gehen vielmehr davon aus, dass ein absolutes Folterverbot unrealistische Standards aufstellt, deren Einhaltung in dringenden extremen Situationen nicht zu erwarten ist. In der Tat versuchen diese Autoren häufig zu argumentieren, dass das Folterverbot in extremen Fällen, unter die auch die *ticking time bomb*-Situation fällt, nicht gilt, weil solche extremen Situationen abweichend von den normalen Fällen behandelt werden müssen.⁸⁵⁷ Im Ergebnis will z.B. *Shue* – wie oben schon erwähnt – das Folterverbot nicht verabsolutieren,⁸⁵⁸ und selbst *Luban* betrachtet Folter nicht als ein absolutes Übel, das alle dadurch gewährleisteten Interessen überwiegt.⁸⁵⁹

⁸⁵³ Vgl. *Brooks*, 101 Mich. L. Rev. 2275, 2317–2318 (2003).

⁸⁵⁴ Vgl. *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 224–225 (2010).

⁸⁵⁵ Vgl. *Zuckerman*, 23 Isr. L. Rev. 357, 371 (1989); *E. Gross*, 6 UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff. 89, 112 (2001).

⁸⁵⁶ Vgl. *Schauer*, 45 Hastings L.J. 785, 790 (1994).

⁸⁵⁷ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1516–1519 (2004).

⁸⁵⁸ Vgl. *Shue*, 7 Phil. & Pub. Aff. 124, 141–143 (1978).

⁸⁵⁹ Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 65. Er lehnt allerdings die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall aus anderen Gründen ab.

bb) Die regelutilitaristische Ansicht gegen die justification der Rettungsfolter

Beim Regelutilitarismus bezieht sich das utilitaristische Prinzip des „größten Nutzens“ auf bestimmte Handlungsregeln. Danach ist eine Handlung moralisch richtig, wenn sie einer Regel folgt, die nach dem hedonistischen Kalkül zur Maximierung des Gesamtnutzens führt. Im hier interessierenden Rettungsfolterfall kommt es also für die *justifiability* bzw. die moralische Richtigkeit der Rettungsfolter nicht darauf an, ob sie im konkreten Fall das überwiegende Interesse schützt, sondern darauf, ob sie in der extremen *ticking time bomb*-Situation als eine Regel den sozialen Gesamtnutzen maximieren kann, wenn sie in allen ähnlichen Situationen befolgt wird. Da sich das Kosten-Nutzen-Kalkül nicht auf den Einzelfall beschränkt, sind die mittelbaren Auswirkungen der Rettungsfolter, die über den Einzelfall hinausgehen, nach dem Regelutilitarismus (auch) besonders von Bedeutung: Danach ist die Anwendung der *defense of necessity* im vorliegenden Rettungsfolterfall auszuschließen, wenn eine *justification* der Rettungsfolter selbst in den eng definierten Situationen wegen der damit verbundenen mittelbaren negativen Auswirkungen auf lange Sicht mehr Schaden als Nutzen verursachen würde. Insofern könnte in den USA der Regelutilitarismus das stärkste Argument gegen die Rettungsfolter darstellen.⁸⁶⁰ Genauso wird in der Literatur argumentiert: Die Rettungsfolter könnte vielleicht in einer *ticking time bomb*-Situation viele Hundert Menschen retten; aber wenn man die mittelbaren Auswirkungen der Folter, wie etwa die Untergrabung der grundlegenden demokratischen Prinzipien, mitberücksichtigt, kann nicht schon davon ausgegangen werden, dass durch die Rettungsfolter überwiegendes Interesse gewährleistet wird.⁸⁶¹ Auch *Strauss* spricht sich nach einer umfassenden Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der mittelbaren Schäden und der Gefahr eines *slippery slope* schließlich gegen die Rettungsfolter und für das absolute Folterverbot aus.⁸⁶²

cc) Das utilitaristische Argument für eine justification

Viele Autoren gehen vom utilitaristischen Denken aus und argumentieren, dass im Rettungsfolterfall das geschützte Interesse das verletzte überwiege. Insbesondere fällt es den Anhängern des Handlungsutilitarismus nicht schwer, die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall zu bejahen. Denn der Handlungsutilitarismus besagt, dass die einzelne Handlung direkt nach den aus ihr folgenden bzw. zu erwartenden Konsequenzen und ohne Rücksicht auf deren Art als solche beurteilt wird. Die moralische Beurteilung einer jeden Handlung erfolgt also nur nach ihren Folgen im konkreten Einzelfall gemäß dem hedonistischen Kalkül. Die anderen mittelbaren Auswirkungen der infrage kommenden Handlung

⁸⁶⁰ Vgl. *Dershowitz*, Terrorism, S. 145 ff.

⁸⁶¹ Vgl. *O'Rourke/Chaudhri/Nyland*, 40 U.S.F. L. Rev. 85, 105 (2005).

⁸⁶² Vgl. *Strauss*, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 201, 268–274 (2003).

(hier: der Rettungsfolter) fallen hingegen kaum ins Gewicht.⁸⁶³ Aber auch wenn man die mittelbaren negativen Auswirkungen der Rettungsfolter – wie vom Regelutilitarismus verlangt wird – doch in das Kosten-Nutzen-Kalkül einbezieht, lässt sich ein absolutes Folterverbot nach diesen Autoren nur sehr schwierig im Lichte des Utilitarismus begründen: Es gebe sicher extreme Fälle, wie etwa die *ticking time bomb*-Situation, in denen durch die Rettungsfolter eine enorme Katastrophe verhindert und dadurch der soziale Gesamtnutzen maximiert würde, weshalb sie in solchen Fällen durchaus die moralisch „richtige“ oder mindestens relativ „weniger falsche“ Handlung darstelle und gerechtfertigt werden solle.⁸⁶⁴

Geht es um die Abwägung zwischen der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit des gefolterten Täters einerseits und dem Leben vieler Unschuldiger andererseits, sehen diese Autoren keine Schwierigkeit, Letzteren den Vorrang einzuräumen. So weist z.B. *Dershowitz* darauf hin, dass es sicher besser sei, dem schuldigen Täter, der die rettenden Informationen rechtswidrig verschweigt, nicht lebensgefährliche Schmerzen zuzufügen, als viele Unschuldige ums Leben kommen zu lassen. Schmerz sei das kleinere und heilbare Übel im Vergleich zum Tod; und das Leben von tausend Unschuldigen müsse viel höher eingeschätzt werden als die körperliche Unversehrtheit einer schuldigen Person.⁸⁶⁵ Auch Richter *R. Posner* scheut sich nicht zu behaupten, dass der Schrecken der Folter von ihrem Nutzen überwogen werden könne, wenn Folter das einzige Mittel zur Rettung des Lebens von tausend oder sogar Zehn- oder Hunderttausenden Menschen darstelle. Aber selbst die Folter zur Erpressung des Verstecks „nur“ eines entführten Kindes könne seiner Meinung nach angemessen sein.⁸⁶⁶

Nach diesen Autoren soll auch bei der Interessenabwägung der Menschenwürde des gefolterten Täters keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden. Da man zur Rettung des Lebens der anderen sogar den Täter in *self-defense* erschießen darf, obwohl dadurch dem Täter die Möglichkeit, Autonomie und Menschenwürde in Zukunft weiter zu genießen, für ewig entzogen wird, soll der Täter zu demselben Zweck gefoltert werden dürfen: Immerhin werde durch die Rettungsfolter die Menschenwürde des Täters nicht für immer negiert.⁸⁶⁷ Die Rechtsordnung soll natürlich die Menschenwürde und -rechte der Bürger respektieren, weil diese der Grundstein der Demokratie sind. Die einseitige Betonung und Verabsolutierung der Rechte des gefolterten Täters gehe aber fehl. Die Rechtsordnung müsse die Interessen der potenziellen Opfer im Rettungsfolterfall mitberücksichtigen und ihre Menschenrechte

⁸⁶³ So gibt es z.B. in der oben erwähnten utilitarischen Formel von *Bagaric* und *Clarke* (vgl. *Bagaric/Clarke*, 39 U.S.F. L. Rev. 581, 613 [2005]) keinen Platz für die Abwägungsfaktoren, deren Wirkungen über den Einzelfall hinausgehen.

⁸⁶⁴ Vgl. *Twining/Twining*, 24 N. Ir. L. Q 305, 306, 347–349 (1973).

⁸⁶⁵ Vgl. *Dershowitz*, *Terrorism*, S. 144.

⁸⁶⁶ Vgl. *R. Posner*, in: *Levinson* (ed.), *Torture*, S. 293.

⁸⁶⁷ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 678 (2006).

gleichermaßen schützen, weshalb eine *justification* der Rettungsfolter durchaus möglich sei.⁸⁶⁸ Genauso, wie die Rechtsordnung manchmal durch die Freiheitsentziehung gegen bestimmte Personen die Öffentlichkeit schützen darf, solle der Respekt vor den Menschenrechten nicht auf ihre absolute Garantie hin gedeutet werden.⁸⁶⁹ Die Rettungsfolter möge ein brutaler Eingriff in die Rechte des gefolterten Täters sein. Aber es sei noch brutaler und moralisch viel schuldhafter, wenn man die Rettungsfolter verbiete und Unschuldige sterben lasse.⁸⁷⁰ Das Folterverbot als sogenannter Archetyp gegen Brutalität vermöge somit auch nicht zu begründen, dass die Rettungsfolter auf Kosten des Lebens Unschuldiger missbilligt werden müsse.⁸⁷¹

Auch das *slippery slope*- bzw. das Dambruchargument wird von diesen Autoren für nicht überzeugend gehalten. Denn einerseits sei Folter bereits ein weltweit zu beobachtendes Phänomen, der Damm sei also schon gebrochen. Andererseits gebe es keinen Beweis dafür, dass die Misshandlungen z.B. in Israel, Abu Ghraib, Afghanistan und Guantánamo gerade durch die *justification* der Rettungsfolter, die auf den Schutz des Lebens unschuldiger Menschen abzielt, verursacht wurden.⁸⁷² Da die anderen eng definierten, gravierend in die grundlegenden Rechte des Betroffenen eingreifenden Maßnahmen zum Schutz anderer Personen, wie z.B. die Tötung in *self-defense* oder der polizeiliche Rettungsschuss, keinen weitgehenden Missbrauch nach sich ziehen, liefere das *slippery slope*-Argument kaum Überzeugungskraft gegen die Rettungsfolter.⁸⁷³

Diese Autoren betrachten die anderen behaupteten mittelbaren negativen Auswirkungen der Folter ebenfalls als zweifelhaft. Dass die anderen Staaten schon deshalb Folter erlauben würden, weil die Rettungsfolter in den USA ausnahmsweise gerechtfertigt wird, scheint diesen Autoren eher unwahrscheinlich.⁸⁷⁴ Die USA seien nur eine von vielen Demokratien auf der Welt und würden häufig von der Staatengemeinschaft kritisiert wegen gewisser Vorgehensweisen, wie etwa der Todesstrafe, des aggressiven Einsatzes von Militär und der Abneigung gegen die Kooperation in internationalen Organisationen. Entgegen der Theorie, die davon ausgehe, dass die USA spezifisch und einzigartig sind, seien die USA also gar nicht so einzigartig, dass die ganze Welt zu ihnen aufblicke.⁸⁷⁵ Die These von der Brutalisierung der Gesellschaft und des Folternden ist nach diesen Autoren auch nur un-

⁸⁶⁸ Vgl. *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 725 (2006).

⁸⁶⁹ Vgl. *Raviv*, 13 Geo. Mason L. Rev. 135, 145 (2004).

⁸⁷⁰ Vgl. *Elshtain*, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 87.

⁸⁷¹ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 691–692 (2006).

⁸⁷² Vgl. *Bagaric/Clarke*, 40 U.S.F. L. Rev. 703, 710–714 (2006).

⁸⁷³ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 689 (2006).

⁸⁷⁴ Vgl. *Raviv*, 13 Geo. Mason L. Rev. 135, 145 (2004).

⁸⁷⁵ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 692–693 (2006).

bewiesene Spekulation.⁸⁷⁶ In den letzten Jahrzehnten hätten beispielsweise Frankreich (in Algerien), Großbritannien (gegen die Irisch-Republikanische Armee) und Israel allesamt Folter eingesetzt, um nützliche Informationen zu erpressen. Keiner dieser Staaten sei aber brutalisiert worden oder in der Barbarei versunken.⁸⁷⁷

dd) Zwischenergebnis

Das Ergebnis der Interessenabwägung im Rettungsfolterfall hängt vor allem von der moralischen Überzeugung des jeweiligen Autors ab. Denn gerade dadurch wird bestimmt, welche Faktoren in die Gesamtabwägung einbezogen werden sollen und wie stark ein Abwägungsfaktor ins Gewicht fällt. Ein Teil der Literatur geht von der deontologischen Idee aus und verabsolutiert die Menschenwürdegarantie, so dass die Rettungsfolter, die die Menschenwürde des gefolterten Täters verletzt, auch in der *ticking time bomb*-Situation trotz der Rettung des Lebens zahlreicher Menschen kein überwiegendes Interesse gewährleisten kann. Während die Anhänger des Handlungsutilitarismus meistens die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall bejahen, können nach dem Regelutilitarismus unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen werden, je nachdem, wie man die mit der (Rettungs-)Folter verbundenen mittelbaren Auswirkungen einschätzt.

C. Bewertung in der Praxis

Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, dass die *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* in den USA zwar nicht unproblematisch, aber dogmatisch begründbar ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn man von einer utilitaristischen Grundposition ausgeht. Zu fragen ist aber, ob die Rechtsprechung den utilitaristischen Standpunkt auch teilen und die *defense of necessity* zur *justification* der Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation, durch die das Leben vieler Menschen gerettet wird, anwenden würde.

1. Die rein utilitaristische Version der *defense of necessity* im MPC

Die oben beschriebene historische Untersuchung zeigt, dass die *defense of necessity* im traditionellen englischen *common law* bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nicht anhand der utilitaristischen Güterabwägung begründet wurde und nur in ziemlich begrenzten Fällen Anwendung fand. Diese Situation hat sich allerdings geändert mit dem Aufstieg des Utilitarismus in der Sozialethik im 19. Jahrhundert.

⁸⁷⁶ Vgl. ebenda, 689 (2006).

⁸⁷⁷ Vgl. R. Posner, in: Levinson (ed.), *Torture*, S. 294.

So ist bereits bei *Stephens* Argument hinsichtlich der *choice of evils*⁸⁷⁸ und auch bei den zahlreichen Entscheidungen in den USA aus dem 19. Jahrhundert der Einfluss des Utilitarismus spürbar.⁸⁷⁹ Obwohl das utilitaristische Denken den Anwendungsbereich der *defense of necessity* immer erweitert, galt sie noch nicht als eine allgemeine *defense*, die im Prinzip bei jeder *offense* anwendbar war.

Die wesentliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der *defense of necessity* in den USA ist vielmehr auf den MPC zurückzuführen. Unter dem Einfluss des britischen Strafrechtsgelehrten *Glanville Williams*, der nach dem Zweiten Weltkrieg als berühmter Befürworter des Utilitarismus galt und auch persönlich an der Verfassung des 3. Abschnitts des MPC (*Article 3. General Principles of Justification*) teilgenommen hat,⁸⁸⁰ wird in § 3.02 MPC eine rein utilitaristische Version der *defense of necessity* aufgenommen. Dabei werden nicht nur die Voraussetzungen der *defense of necessity* großzügig formuliert: So muss danach z.B. eine Notstandslage nicht tatsächlich vorliegen, der Glaube des Täters an ihr Vorliegen reicht aus; der abzuwendende Schaden muss nicht gegenwärtig sein und auch ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses genügt für die Bejahung dieser *defense*. Die Autoren des MPC halten zudem die *defense of necessity* ausnahmslos bei jeder *offense*, auch bei vorsätzlicher Tötung, für anwendbar,⁸⁸¹ sodass die *defense of necessity* in der Geschichte der USA zum ersten Mal eine allgemeine *defense* im wahrsten Sinne des Wortes geworden ist.⁸⁸² Akzeptiert man dieses rein utilitaristische Verständnis der *defense of necessity* und den damit verbundenen weitgehenden Anwendungsbereich dieser *defense*, wäre es durchaus möglich, die *defense of necessity* auch im Rettungsfolterfall anzunehmen.

2. Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten

Diese vom MPC vorgeschlagene radikale Version der *defense of necessity* wird jedoch in der Justizpraxis kaum begrüßt. Die rein utilitaristische Erklärung wird der Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten hinsichtlich der *defense of necessity* nicht gerecht. In der Tat haben nur zwei Bundesstaaten, nämlich Nebraska⁸⁸³ und Pennsylvania,⁸⁸⁴ die Regelung der *defense of necessity* im MPC in ihre Strafgesetze übernommen. Die Vorschrift der *defense of necessity* in Hawaii⁸⁸⁵ ist zwar im Wesentlichen identisch mit der im MPC, dabei wird aber zusätzlich verlangt, dass der

⁸⁷⁸ Vgl. *Stephen*, History II, S. 108 ff.

⁸⁷⁹ Vgl. *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision, S. 32 ff.

⁸⁸⁰ Vgl. *Hoffheimer*, 82 Tul. L. Rev. 191, 217–218 (2007).

⁸⁸¹ Vgl. MPC Komm., § 3.02, S. 14 f.

⁸⁸² Vgl. *Robinson/Dubber*, 10 New Crim. L. Rev. 319, 337 (2007): “The Code for the first time recognized a general defense of necessity, or lesser evils.”

⁸⁸³ Vgl. Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1407.

⁸⁸⁴ Vgl. 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 503.

⁸⁸⁵ Vgl. Haw. Rev. Stat. Ann. § 703-302.

abzuwendende Schaden oder das zu vermeidende Übel gegenwärtig ist. Selbst abgesehen davon, dass in den meisten Bundesstaaten die Gegenwärtigkeit der Gefahr oder des Schadens als eine notwendige Voraussetzung der *defense of necessity* betrachtet wird, lassen sich noch in vielen Bundesstaaten einige Bedingungen der *defense of necessity* feststellen, die mit der rein utilitaristischen Erklärung dieser *defense* nicht zu vereinbaren sind. So findet z.B. in vielen Bundesstaaten die *defense of necessity* nur dann Anwendung, wenn das geschützte Interesse das verletzte „wesentlich überwiegt“.⁸⁸⁶ Ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses reicht also entgegen dem Vorschlag im MPC in diesen Bundesstaaten noch nicht. Im Gegenteil, die *defense of necessity* soll danach nur bei denjenigen Handlungen anwendbar sein, die zwar formaljuristische Straftaten darstellen, aber „von niemandem als unrichtig angesehen würden“.⁸⁸⁷ Hinzu kommt, dass in einigen Bundesstaaten die *defense of necessity* bei bestimmten schweren Straftaten kategorisch ausgeschlossen ist. In Arizona können z.B. die Tötungsdelikte und die schwere Körperverletzung nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden.⁸⁸⁸ In Kentucky ist geregelt, dass die *defense of necessity* bei der absichtlichen Tötung keine Anwendung findet.⁸⁸⁹ In Missouri sind die Verbrecher der Klasse A (*class A felony*) und insbesondere Mord nicht durch die *defense of necessity* *justifiable*.⁸⁹⁰ In Wisconsin ist auch vorgesehen, dass die *defense of necessity* bei der Anklage wegen vorsätzlicher Tötung ersten Grades (*first-degree intentional homicide*) nicht anwendbar ist.⁸⁹¹

Diese Gesetzgebungspraxis läuft nicht nur dem rein utilitaristischen Verständnis der *defense of necessity* im MPC entgegen, sie wirkt sich teilweise auch direkt auf die *justifiability* der Rettungsfolter aus. Setzt die *defense of necessity* z.B. wie im Bundesstaat New York voraus, dass die Erwünschtheit und Dringlichkeit zur Abwendung eines Schadens den Wert des gesetzlich geschützten Eingriffsguts so wesentlich überwiegen, dass die infrage kommende Handlung von niemandem als unrichtig angesehen würde, kann die Rettungsfolter schon kaum durch die *defense*

⁸⁸⁶ Vgl. N.Y. Pen. Law § 35.05 2: “[T]he desirability and urgency of avoiding such injury clearly outweigh the desirability of avoiding the injury sought to be prevented by the statute defining the offense in issue”. Siehe so ähnlich Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-702 (1); Del. Code Ann. tit. 11, § 463; OR. Rev. Stat. § 161.200 (1)(b); Tenn. Code Ann. § 39-11-609 (2); Tex. Penal Code § 9.22 (2).

⁸⁸⁷ Vgl. *People v. Brown*, 333 N.Y.S.2d 342, 348-49 (N.Y. 1972): “[S]ubdivision 2 of section 35.05 [defense of necessity] is to be narrowly construed; [...] the section is to be applied to areas of ‘technically criminal behavior which virtually no one would consider improper’.”

⁸⁸⁸ Vgl. Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-417 C.

⁸⁸⁹ Vgl. Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.030 (1): “[N]o justification can exist under this section for an intentional homicide.” Nach Ky. Rev. Stat. Ann. § 501.020 (1) ist hier der Begriff *intent* wie „Absicht“ zu verstehen.

⁸⁹⁰ Vgl. Mo. Rev. Stat. § 563.026 1.

⁸⁹¹ Vgl. Wis. Stat. Ann. § 939.47: except that if the prosecution is for first-degree intentional homicide. Nach Wis. Stat. Ann. § 939.23 (3) fallen unter den Begriff *intent* sowohl die Absicht (*purpose*) als auch die Wissenlichkeit (*knowledge*).

of necessity gerechtfertigt werden. Denn angesichts der heftigen Folterdebatte in den USA ist es gerade nicht möglich anzunehmen, dass die Rettungsfolter von niemandem als unrichtig angesehen wird. Dieses Ergebnis könnte auch dadurch bestätigt werden, dass im Zweifel hinsichtlich des wesentlichen Überwiegens gegen den Angeklagten zu entscheiden ist.⁸⁹² Wird die Anwendbarkeit der *defense of necessity* bei der schweren Körperverletzung – wie z.B. in Arizona – bereits von Anfang an ausgeschlossen, lässt sich die Rettungsfolter ebenfalls nur schwierig durch diese *defense* rechtfertigen. Denn die (Rettungs-)Folter ist gerade durch die vorsätzliche Zufügung von großen körperlichen Schmerzen gekennzeichnet.⁸⁹³

3. Rechtsprechung auf Bundesebene

Wie oben schon dargestellt, wird die *defense of necessity* auch von der Rechtsprechung auf der Bundesebene anerkannt, obwohl sie nicht im Bundesgesetz kodifiziert ist. Zwar hat ein Teil der Bundesgerichte die *defense of necessity* im Wesentlichen als eine utilitaristische *defense* verstanden.⁸⁹⁴ Aus einer rein utilitaristischen Sicht wie im MPC lässt sich aber die Art und Weise, wie die Rechtsprechung auf der Bundesebene mit dieser *defense* umgeht, nicht befriedigend erklären. Denn anders als im MPC vorgeschlagen findet die *defense of necessity* vor den Bundesgerichten nur sehr begrenzt Anwendung. Ihr Anwendungsbereich auf Bundesebene ist in der Tat wesentlich kleiner, als in den Bundesstaaten. Die *defense of necessity* wird zwar in zahlreichen Entscheidungen – teilweise als eine selbstständige *defense*, teilweise in Verbindung mit anderen *defenses* – berücksichtigt, aber im Einzelfall eher selten als Grund für die *justification* der infrage kommenden Tat und die Straflosigkeit des Täters angenommen.

So hat der U.S. Supreme Court zwar bereits im Jahr 1921 impliziert, dass die Flucht aus einem in Brand geratenen Gefängnis zur Rettung des eigenen Lebens nicht strafbar ist.⁸⁹⁵ Bisher wurde aber kein einziger Strafrechtsfall vor dem Gericht unter Berufung auf die *defense of necessity* entschieden. Im Fall *United States v. Bailey* hat der U.S. Supreme Court z.B. die *defense of necessity* – in Verbindung mit der *defense of duress* – relativ eingehend diskutiert, stellt aber schließlich fest, dass dem Gefängnisausbrecher diese *defense* nicht zur Verfügung steht, weil er keinen Beweis für ein ernsthaftes Bemühen (*bona fide effort*), sich sofort nach dem

⁸⁹² Vgl. *Stauder*, Die allgemeinen defenses, S. 85.

⁸⁹³ Nach *Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-105 (39)* bedeutet die schwere Körperverletzung (*serious physical injury*) "physical injury that creates a reasonable risk of death, or that causes serious and permanent disfigurement, serious impairment of health or loss or protracted impairment of the function of any bodily organ or limb". Ob die Rettungsfolter im Einzelfall schwere Körperverletzung verursacht, ist freilich eine Tatfrage.

⁸⁹⁴ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 196 (9th Cir. 1991): "Necessity is, essentially, a utilitarian defense."

⁸⁹⁵ Vgl. *Baender v. Barnett*, 255 U.S. 224, 226 (1921).

Verschwinden der Zwangswirkung der drohenden Gefahren zu stellen, geliefert hat.⁸⁹⁶ Dabei hat das Gericht auch die Meinung von Richter *Blackmun*, nach der die Ratio der *defense of necessity* in der *balancing of harms* besteht, abgelehnt und sich geweigert, das ernsthafte Bemühen, sich zu stellen, nur als „einen“ Abwägungsfaktor bei der Konstruierung der *defense of necessity* anzusehen. Im Gegenteil: Da der Congress durch Erlassen des betreffenden Tatbestands seinen Willen manifestiert, den Gefängnisausbruch unter Strafe zu stellen, muss die Pflicht, sich wieder zu stellen, als ein essentielles, unentbehrliches Element der *defense* zu bewerten sein. Hier ist also im Vergleich zur utilitaristischen Abwägung der Übel der Wille des Gesetzgebers entscheidend. Denn das Gericht kann nur ein Gesetz des Congress auslegen, aber kein neues Gesetz entwerfen.⁸⁹⁷ Im Fall *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.* aus dem Jahr 2001 hat der U.S. Supreme Court entschieden, dass die Herstellung, der Besitz und die Verteilung von Marihuana aus medizinischen Gründen nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden können, weil der Bundesgesetzgeber diese Verhaltensweisen ausdrücklich untersagt und sich der Struktur des betreffenden Gesetzes keine Ausnahme wegen medizinischer Erforderlichkeit entnehmen lässt.⁸⁹⁸ Dabei zeigte das Gericht noch einmal seine Abneigung gegen die *defense of necessity*. Es hielt nicht nur die Frage für noch offen, ob die Bundesgerichte überhaupt die Befugnis haben, eine nicht gesetzlich geregelte *defense of necessity* anzuerkennen.⁸⁹⁹ Zudem hat der U.S. Supreme Court wieder klargestellt, dass er die *defense of necessity* noch nie als eine *justification* für die Verletzung eines Bundesgesetzes betrachtet hat, weil die Anwendung dieser *defense* ein *social balancing* voraussetzt, das besser dem Congress überlassen werden sollte.⁹⁰⁰ Insofern gilt auch das Prinzip: Das Gericht interpretiert das Gesetz des Congress, entwirft es aber nicht.⁹⁰¹

Auch vor den anderen Bundesgerichten gilt die Anwendung der *defense of necessity* durchaus als seltene Ausnahme. Obwohl sie in vielen Entscheidungen zur Diskussion gestellt wird, haben sich die Gerichte dabei aber vor allem damit beschäftigt, die Nicht-Anwendbarkeit der *defense of necessity* anhand des konkreten Sachverhalts im Einzelfall oder sogar von Rechts wegen in bestimmten Fallgrup-

⁸⁹⁶ Vgl. *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 411, 415 (1980).

⁸⁹⁷ Vgl. ebenda, 415 n. 11: “Contrary to the implication of MR. JUSTICE BLACKMUN’s dissent describing the rationale of the necessity defense as ‘a balancing of harms,’ [...] we are construing an Act of Congress, not drafting it.”

⁸⁹⁸ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 491–495 (2001).

⁸⁹⁹ Vgl. *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 490 (2001): “There is an open question whether federal courts ever have authority to recognize a necessity defense not provided by statute.”

⁹⁰⁰ Vgl. dazu *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483, 491 n. 4 (2001).

⁹⁰¹ Vgl. dazu ebenda, 495 n. 7.

pen zu begründen.⁹⁰² In den ganz überwiegenden Fällen scheidet sie nach der Ansicht der Gerichte schon deshalb aus, weil eine oder mehrere Voraussetzungen nicht erfüllt werden. So wird z.B. die Anwendbarkeit der *defense of necessity* in den Fällen des zivilen Ungehorsams fast kategorisch verneint, weil kein gegenwärtiger Schaden vorliegt, die angebliche Gefahr in rechtmäßiger Weise, wie etwa den Congress um die Änderung der Politik zu ersuchen, abwendbar wäre und eine direkte Kausalität zwischen den Taten und der Vermeidung der Gefahr oder des Schadens nicht bestehen kann. Daher wird sogar entschieden, dass in diesen Fällen die *defense of necessity* zwar denkbar wäre, ihre Voraussetzungen aber praktisch nie erfüllt werden können.⁹⁰³ Unter dem Einfluss der oben genannten zwei Entscheidungen des U.S. Supreme Court wird die Anwendbarkeit der *defense of necessity* auch in den Fällen des Gefängnisausbruchs⁹⁰⁴ und der medizinischen Nutzung von Marihuana⁹⁰⁵ von den anderen Bundesgerichten im Prinzip verneint oder mindestens bezweifelt. In den anderen Fällen wird sie auch teilweise deshalb abgelehnt, weil der Angeklagte keinen hinreichenden Beweis für ihre Anwendbarkeit im konkreten Fall gestellt hat.⁹⁰⁶ In den Fällen des illegalen Besitzes von Schusswaffen zur Verteidigung gegen den möglichen Angriff einer anderen Person oder zur Verhinderung eines solchen Angriffs wird die *defense of necessity* zwar teilweise anerkannt.⁹⁰⁷ Allerdings kommt sie in solchen Fällen erst in Verbindung mit den anderen *defenses*, wie etwa *duress* und *self-defense*, in Betracht. In diesen Entscheidungen wird also kaum noch zwischen diesen *defenses* differenziert; diese verschiedenen *defenses* werden von den Bundesgerichten als eine einheitliche *justification defense* (oder unter der Rubrik *justification*) zusammengefasst und insbesondere in den Fällen des illegalen Besitzes von Schusswaffen zur Anwendung gebracht.⁹⁰⁸ Dabei handelt es sich somit jedenfalls nicht um die dogmatisch saubere, typische Anwendung der *defense of necessity*. Andererseits kann selbst in diesen

⁹⁰² Vgl. *Schwartz*, 75 U. Chi. L. Rev. 1259, 1268 (2008).

⁹⁰³ Vgl. *United States v. Schoon*, 971 F.2d 193, 199 (9th Cir. 1991): “As have courts before us, we could assume, as a threshold matter, that the necessity defense is conceivably available in these cases, but find the elements never satisfied.”

⁹⁰⁴ Vgl. z.B. *United States v. Lopez*, 885 F.2d 1428, 1432–1436 (9th Cir. 1989).

⁹⁰⁵ Vgl. *Raich v. Gonzales*, 500 F.3d 850, 860 (9th Cir. 2007): “Although Raich appears to satisfy the factual predicate for a necessity defense, it is not clear whether the Supreme Court’s decision in *United States v. Oakland Cannabis Buyers’ Cooperative* forecloses a necessity defense to a prosecution of a seriously ill defendant under the Controlled Substances Act.”

⁹⁰⁶ Vgl. z.B. *United States v. Unser*, 165 F.3d 755, 764–766 (10th Cir. 1999).

⁹⁰⁷ Vgl. z.B. *United States v. Newcomb*, 6 F.3d 1129 (6th Cir. 1993).

⁹⁰⁸ Vgl. *United States v. Leahy*, 473 F.3d 401, 406 (1st Cir. 2007); *United States v. Beasley*, 346 F.3d 930, 934–935 (9th Cir. 2003). Siehe auch *United States v. Deleveaux*, 205 F.3d 1292, 1295 n. 2 (11th Cir. 2000) m.w.N.

Fällen die infrage kommende Tat auch nur in Ausnahmesituationen gerechtfertigt werden.⁹⁰⁹

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung auf der Bundesebene mit der Anwendung der *defense of necessity* im Strafrechtsfall äußerst zurückhaltend ist. Der Grund könnte darin bestehen, dass die Bundesgerichte, insbesondere der U.S. Supreme Court, keine Entscheidung gegen den Willen des Gesetzgebers treffen wollen. Denn der Tatbestand an sich manifestiert schon den Willen des Gesetzgebers, eine bestimmte Tat unter Strafe zu stellen, und es könnte durchaus den Wünschen des Gesetzgebers entgegenlaufen, wenn die Bundesgerichte eine Tat, die alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, unter Berufung auf die *defense of necessity* als *justified* erklären und den Täter somit von Strafe befreien. Daher wundert es nicht, dass der U.S. Supreme Court sich immer weigert, verschiedene Übel im Einzelfall gegeneinander abzuwägen, und wiederholt darauf hinweist, dass erst der Gesetzgeber die Entscheidung treffen soll, welchem der widerstreitenden Interessen in einer bestimmten Konfliktsituation Vorrang gewährt werden muss. Auch in der Entscheidung der anderen Bundesgerichte kommt die Sorge zum Vorschein, dass die Anwendung der *defense of necessity* dem Willen des Gesetzgebers widersprechen und das Gesetz praktisch annullieren könnte.⁹¹⁰ Die Bundesgerichte haben in der Tat einen so starken Widerwillen gegen die *defense of necessity*, dass die Feststellung von *Arnolds* und *Garland* vor 40 Jahren heute immer noch gilt: Ohne eine gesetzliche Regelung der *defense of necessity* müssen die Angeklagten in den Strafrechtsfällen weiterhin vor den unaufgeschlossenen Bundesgerichten nach einer Jury-Belehrung über diese *defense* streben.⁹¹¹ Auch *Luban* hat nicht zu Unrecht beobachtet, dass die *defense of necessity* vor den Bundesgerichten fast ausnahmslos scheitert. Sie wird nicht einmal zur Verteidigung gegen die Anklage wegen gewalttätiger Straftaten vorgebracht.⁹¹² Angesichts dieser Tatsachen wäre es eher unwahrscheinlich, dass die Bundesgerichte die *defense of necessity* im Rettungsfolterfall anwenden würden.

⁹⁰⁹ Vgl. *United States v. Deleveaux*, 205 F.3d 1292, 1297 (11th Cir. 2000).

⁹¹⁰ Vgl. z.B. *United States v. Patton*, 451 F.3d 615, 638 (10th Cir. 2006): “[T]o allow [...] necessity defense [...] might effectively read the statute out of existence. Congress made the decision to criminalize possession of body armor by a class of individuals who have threatened others and are likely to be threatened themselves – i.e., those who have been convicted of a violent felony – and allowing them to violate the statute whenever they live in dangerous circumstances might cause the defense to swallow up the crime.”

⁹¹¹ Vgl. *Arnolds/Garland*, 65 J. Crim. L. & Criminology 289, 301 (1974): “Without a statutory definition of the defense of necessity, criminal defendants in federal cases must continue to seek necessity instructions to the jury in the face of unreceptive courts.”

⁹¹² Vgl. *Luban*, in: Greenberg (ed.), *Torture Debate*, S. 66: “[T]he defense [of necessity] invariably fails in federal courts, and [...] it is not even pled in defending crimes of violence.”

4. Zwischenergebnis

Obwohl die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall in den USA dogmatisch – insbesondere aufgrund der utilitaristischen Doktrin – begründet werden könnte, ist sie aus praktischer Sicht sehr problematisch. Die utilitaristische Version der *defense of necessity*, die im MPC vorgeschlagen wird, findet kaum Zustimmung bei der Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten. Auch die Rechtsprechung auf Bundesebene ist aus Respekt vor dem Willen des Gesetzgebers mit der Anwendung der *defense of necessity* im Strafrechtsfall äußerst zurückhaltend. Diese Tatsachen sprechen dafür, dass die tatsächliche Anwendung der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall in der Praxis wohl nicht zu erwarten ist.

D. Ergebnis

Ob die Rettungsfolter die Voraussetzungen der *defense of necessity* erfüllt, ist in den USA heftig umstritten. Der Streit spitzt sich vor allem in dreierlei Hinsicht zu, nämlich: ob die Rettungsfolter zur Abwendung der drohenden Schäden in der *ticking time bomb*-Situation geeignet ist, ob das absolute Folterverbot im Völkerrecht der Anwendung der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall im Weg steht und ob durch die Rettungsfolter überwiegendes Interesse geschützt werden kann. Rein dogmatisch gesehen lässt sich die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall trotz starker Gegenargumente begründen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn man von einem rein utilitaristischen Verständnis ausgeht. Denn aus utilitaristischer, vor allem handlungsutilitaristischer Sicht ist leichter anzunehmen, dass die Rettungsfolter überwiegendes Interesse gewährleistet. Aus der dogmatischen Begründbarkeit folgt aber nicht, dass die *defense of necessity* schon deshalb im Rettungsfolterfall tatsächlich Anwendung finden kann. Angesichts der Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten, in der die im MPC vorgeschlagene rein utilitaristische Version der *defense of necessity* kaum Beifall findet, und der Tatsache, dass die Bundesgerichte mit der Anwendung der *defense of necessity* äußerst zurückhaltend sind, wäre eine *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* vor den Gerichten, insbesondere vor den Bundesgerichten, eher unwahrscheinlich. Dies bedeutet freilich bei Weitem nicht, dass der folternde Polizeibeamte bestraft werden muss. Neben den *excuses*⁹¹³ bestehen in den USA noch zahlreiche Möglichkeiten, den Polizeibeamten von Strafe zu befreien. In Betracht kommen z.B. *prosecutorial discretion*, *executive clemency* und sogar *jury nullifica-*

⁹¹³ Vereinzelt wird in den USA die Ansicht vertreten, dass zwischen der *defense of necessity* als einer *justification* und der als einer *excuse* zu unterscheiden ist. Während die *defense of necessity* als eine *justification* dem folternden Polizeibeamten nicht zur Verfügung steht, darf sich dieser angesichts des hohen psychischen Drucks in dem extremen Fall auf die *defense of necessity* als eine *excuse* berufen. Siehe dazu *Ohlin*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 218–221, 233–238 (2010).

tion.⁹¹⁴ In der Tat hat Präsident *Obama* am 16. April 2009 erklärt, dass in Zukunft keine Anklage gegen diejenigen Hoheitsträger erhoben wird, die während der Bush-Regierung Häftlinge gefoltert haben.⁹¹⁵ Liegt wirklich ein Rettungsfolterfall in den USA vor, wird der folternde Polizeibeamte wahrscheinlich auch nicht angeklagt.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

In den USA findet im hier interessierenden Rettungsfolterfall auf der Bundesebene grundsätzlich 18 U.S.C. § 113 (*assault*) Anwendung. Ob der Tatbestand des 18 U.S.C. § 114 ebenfalls erfüllt ist, ist eine Tatfrage. Die Anwendbarkeit des 18 U.S.C. § 242 hängt von der verfassungsrechtlichen Bewertung der Rettungsfolter und auch von der subjektiven Vorstellung des folternden Polizeibeamten im Einzelfall ab. In den Bundesstaaten wird der Tatbestand der Folter verwirklicht. Zudem finden auch die Tatbestände der *assault* oder *battery* Anwendung.

Ob eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis für die Rettungsfolter existiert, ist bisher noch eine offene Frage. Ein absolutes Verbot der Rettungsfolter lässt sich der US-amerikanischen Verfassung eher nicht entnehmen. Nach der überwiegenden Meinung kann die Rettungsfolter schon nicht vom Schutzbereich der *self incrimination*-Klausel erfasst werden. Denn hier wird die erpresste Aussage nicht in einem (Straf-)Prozess verwendet. Schreibt man hingegen der *self incrimination*-Klausel die Funktion zu, die Bürger vor der willkürlichen Macht des Staates zu schützen, dann stellt die Rettungsfolter ohne Zweifel einen Eingriff in das Recht des Täters gegen Selbstbelastung dar und fällt somit unter den Schutzbereich der *self incrimination*-Klausel. Aber selbst wenn man von einem solch weiten Anwendungsbereich der Klausel ausgeht, ist zu beachten, dass das Recht gegen Selbstbelastung in den USA jedenfalls nicht absolut gilt. Anerkannt ist etwa eine Ausnahme im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit. Da im hier interessierenden Rettungsfolterfall der folternde Polizeibeamte gerade durch den Schutz öffentlicher Sicherheit motiviert wird, ist nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung hier zugunsten der öffentlichen Sicherheit eine Verletzung der *self incrimination*-Klausel verneint.

Ähnliches gilt bei der *due process*-Klausel. Da im Rettungsfolterfall das Leben zahlreicher Menschen geschützt wird, dürfte die Rechtsprechung unter Berück-

⁹¹⁴ Vgl. *Gross*, 88 Minn. L. Rev. 1481, 1523–1524 (2004).

⁹¹⁵ Vgl. *Mazzetti/Shane*, Interrogation Memos Detail Harsh Tactics by the C.I.A., N.Y. Times, 17 Apr. 2009, A1. Danach hat *Obama* klargestellt: “[N]othing will be gained by spending our time and energy laying blame for the past.”

sichtigung dieses geschützten Interesses auch davon ausgehen, dass selbst die Rettungsfolter das Gewissen nicht erschüttert. Obwohl der Schutz vor extremer, grausamer körperlicher oder seelischer Behandlung während der polizeilichen Vernehmung ein tief in der Geschichte und Tradition der USA verwurzelt ist, das auch tatsächlich von der Rechtsprechung weitgehend anerkannt ist, kann ein Eingriff in dieses Recht durchaus durch ein Interesse der Regierung gerechtfertigt werden. Aus diesen Gründen kann ein Verbot der Rettungsfolter in den USA auch nicht anhand 42 U.S.C. § 2000dd begründet werden, denn dort wird die Definition der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung wiederum mit dem Fifth und Fourteenth Amendment verbunden. In der *Executive Order 13491* werden Vernehmungsmethoden, durch die körperliche Schmerzen direkt zugefügt werden, zwar ausdrücklich verboten. Diese Regelung bezieht sich allerdings lediglich auf die Behandlung der Individuen, die bei einem bewaffneten Konflikt in Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle der US-Regierung stehen, und lässt sich nicht ohne Weiteres auf den hier interessierenden Rettungsfolterfall übertragen. Obwohl sich das FBI als eine der wichtigsten Bundespolizeibehörden ausdrücklich für den Verzicht auf Gewalt- und Drohungsanwendung im Verhör ausgesprochen hat, ist es zweifelhaft, ob diese Politik trotz des ausnahmslos gestalteten Wortlauts wirklich in extremen Fällen durchgesetzt würde. Der Vorschlag des *torture warrant* von *Dershowitz* wird aber in der Literatur fast einheitlich abgelehnt.

Trotz heftigen Streits über Einzelheiten ist nunmehr eine begriffliche Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* von der h.M. akzeptiert. Auf strafrechtliche *justifications* dürfen sich die Hoheitsträger in den USA ohne Zweifel berufen. Ob die *justifications* gleichzeitig auch hoheitliche Eingriffsbefugnisse darstellen können, ist eine Frage, die in der Literatur kaum thematisiert wird. Nach der h.M. soll es sich beim Strafrecht vielmehr nur um die *ex post*-Feststellung der Strafbarkeit des Angeklagten als private Person handeln, weshalb die strafrechtlichen *justifications* keine hoheitliche Eingriffsbefugnis begründen können.

Eine Rechtfertigung der Rettungsfolter in der *ticking time bomb*-Situation durch *self-defense* oder *defense of others* kommt in den USA nicht in Betracht. Denn zum Zeitpunkt der Folter fehlt die gegenwärtige Gewaltanwendung des Täters, der die Bombe schon vorher gelegt hat. Die Ansicht, nach der die Menschenwürde und Autonomie des Täters als die absolute Grenze des Notwehrrechts gelten soll, lässt sich in den USA nicht durchsetzen.

Hingegen lässt sich dogmatisch gesehen die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall trotz starker Gegenargumente begründen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn man wie die Autoren des MPC von einem rein utilitaristischen Verständnis der *defense of necessity* ausgeht. Dass die Rettungsfolter zur Abwendung drohender Schäden in der *ticking time bomb*-Situation geeignet ist, wird in den USA überwiegend bejaht. Einer *justification* durch die *defense of necessity* steht auch das absolute Folterverbot im Völkerrecht nicht entgegen. Denn die Vorschriften für das absolute Folterverbot in der UN-Antifolterkonvention und

im IPbPR werden vom US-Senat als nicht *self-executing* erklärt, sodass sie zwar auf internationaler Ebene für die USA verbindlich, im Inland aber nicht unmittelbar vor den Bundesgerichten anwendbar sind. An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, dass das Folterverbot als zwingendes Völkergewohnheitsrecht gilt.

Bei der Interessenabwägung sprechen für die *justification* der Rettungsfolter vor allem das Leben vieler zu rettender Menschen, die unmittelbare Gefahr und das Verschulden des gefolterten Täters. Der stehen aber andererseits das spezifische Übel der Folter, die Gefahr eines *slippery slope* und zahlreiche andere mittelbare negative Auswirkungen der Folter entgegen. Das Ergebnis der Abwägung hängt in erster Linie von der moralischen Überzeugung der verschiedenen Autoren ab. Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass das Folterverbot eine deontologische Einschränkung darstellt, die gegen das utilitaristische Kosten-Nutzen-Kalkül immun ist, weshalb die Rettungsfolter nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden kann. Zu demselben Ergebnis gelangen einige Anhänger des Regelutilitarismus. Danach kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Rettungsfolter überwiegendes Interesse gewährleistet wird, wenn man die mittelbaren Auswirkungen der Folter, wie etwa die Untergrabung der grundlegenden demokratischen Prinzipien, mitberücksichtigt.

Viele andere Autoren gehen hingegen vom utilitaristischen Denken aus und argumentieren, dass im Rettungsfolterfall das geschützte Interesse das verletzte überwiegt. Insbesondere fällt es den Verfechtern des Handlungsutilitarismus nicht schwer, die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall zu bejahen. Aus der dogmatischen Begründbarkeit folgt aber nicht, dass die *defense of necessity* schon deshalb in der Praxis tatsächlich im Rettungsfolterfall Anwendung finden kann. Denn die utilitaristische Version der *defense of necessity*, die im MPC vorgeschlagen wird, trifft zwar auf Zustimmung in der Literatur. Sie kann sich allerdings in der Praxis kaum durchsetzen. Angesichts der Gesetzgebungspraxis in den Bundesstaaten, bei der die im MPC vorgeschlagene rein utilitaristische Version der *defense of necessity* kaum Beifall findet, und der Tatsache, dass die Bundesgerichte mit der Anwendung der *defense of necessity* äußerst zurückhaltend sind, wäre eine *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* vor den Gerichten, insbesondere vor den Bundesgerichten, eher unwahrscheinlich.

Somit lässt sich feststellen, dass heute in den USA noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Rettungsfolter gerechtfertigt werden kann. Für eine *justification* sprechen in erster Linie, dass sich der US-Verfassung kein absolutes Verbot der Rettungsfolter entnehmen lässt, und dass die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall vor dem Hintergrund des utilitaristischen Denkens dogmatisch begründbar wäre. Dagegen spricht allerdings, dass die rein utilitaristische Version der *defense of necessity* in den Bundesstaaten kaum akzeptiert wird, und dass die Bundesgerichte bisher die *defense of necessity* im Einzelfall kaum bejaht haben.

Fünfter Teil

Vergleich der Rechtsordnungen

Die Untersuchung der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsordnung zeigt, dass zwischen beiden Ländern zahlreiche Unterschiede bestehen, die sich auf die rechtliche Bewertung der Rettungsfolter auswirken. Diese Unterschiede liegen nicht nur im Verfassungs- und im Polizeirecht, sondern auch im Strafrecht. Sie werden im Folgenden durch einen zusammenfassenden Vergleich der beiden Rechtsordnungen veranschaulicht. Danach werden die Gründe für die Unterschiede ermittelt und schließlich die Lösungen der beiden Länder bewertet.

I. Zusammenfassender Vergleich

A. Verfassungsrecht

In Bezug auf das Verfassungsrecht sind zwei Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen auffällig: Sie betreffen die Menschenwürdegarantie einerseits und die Völkerrechtsfreundlichkeit andererseits.

1. Garantie der Menschenwürde

a) Menschenwürde im deutschen Grundgesetz

In der deutschen Rechtsordnung wird die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG besonders hervorgehoben. Zwar ist die Definition bzw. der Schutzbereich der Menschenwürde bis heute leider noch nicht völlig klar. Die h.M. in Deutschland geht jedenfalls davon aus, dass die Menschenwürde als tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert abwägungsfest ist und daher absolut geschützt wird. Die Menschenwürdegarantie gilt also in Deutschland als Fundament der Verfassungsordnung und unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt oder anderen Beschränkungsmöglichkeiten. Damit ist sie jeder Abwägung mit anderen Werten – selbst mit denen von Verfassungsrang – entzogen. Dieses eigenartige Wesen der Menschenwürdegarantie wird nach h.M. nicht nur durch die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG impliziert. Es kommt auch wörtlich durch die von Art. 1 Abs. 1 GG erklärte „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde zum Vorschein, in der sich die Menschenwürdegarantie als Tabu manifestiert, und wird systematisch durch die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG sogar vor Ver-

fassungsänderungen geschützt. Zudem gilt in Deutschland auch die Allgemeinverbindlichkeit der Menschenwürde. Nicht nur jeder staatliche Eingriff in den absolut geschützten Achtungsanspruch des Einzelnen auf Wahrung seiner Würde ungeachtet des Gewichts der betroffenen Verfassungsgüter ist stets verboten, auch Privatpersonen ist es wegen der sich aus der Schutzpflicht des Staates sowie der Unantastbarkeitsformel in Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde ebenfalls untersagt, die Menschenwürde anderer zu beeinträchtigen.

b) Menschenwürde in der US-Verfassung

In der US-Verfassung wird der Begriff „Menschenwürde“ (*human dignity*) nicht ausdrücklich verwendet. In der Tat erscheint weder das Wort „Mensch“ (*human*)¹ noch das Wort „Würde“ (*dignity*) in dem Text der US-amerikanischen Verfassung. Dennoch ist die Menschenwürde dem Verfassungsrecht der USA nicht fremd und findet auch Anerkennung im US-amerikanischen Verfassungsrecht.

aa) Menschenwürde in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court

In der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court wurde bereits in den 1920er Jahren anerkannt, dass eine Durchsuchung demütigend (*indignity*) sein kann.² Der Begriff *dignity* wurde erstmals erwähnt von Richter *Frankfurter* in seiner abweichenden Meinungsäußerung in der Entscheidung *Glasser v. United States* aus dem Jahr 1942. Darin brachte er zum Ausdruck, dass es von den konkreten Umständen abhängt, ob die Garantie der Freiheit und der „Würde“ durch die *Bill of Rights* im Einzelfall verletzt wird.³ Richter *Murphy* gilt aber als der Erste, der zahlreiche spezifische Phrasen hinsichtlich der Menschenwürde, wie etwa *dignity of the individual*,⁴ *human dignity*⁵ und *dignity of man*⁶ verwendet.⁷ Seiner Meinung nach hat jeder US-amerikanische Bürger als Mensch einen berechtigten Anspruch auf Respekt und faire Behandlung, was der Menschenwürde entspricht, die durch die Verfassung anerkannt und garantiert wird.⁸

¹ Stattdessen werden in der US-Verfassung die Begriffe *person*, *citizen*, *resident*, *accused*, *subject* und *the people* benutzt.

² Vgl. *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 154 (1925).

³ Vgl. *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 89 (1942) (*Frankfurter*, J., dissenting).

⁴ Vgl. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 240 (1944) (*Murphy*, J., dissenting).

⁵ Vgl. *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 29 (1946) (*Murphy*, J., dissenting).

⁶ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 135 (1945) (*Murphy*, J., dissenting).

⁷ Vgl. *Paust*, 27 Howard L.J. 145, 154–155 (1984).

⁸ Vgl. *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 135 (1945) (*Murphy*, J., dissenting).

Seit den 1940er Jahren wird die Menschenwürde immer wieder in den Entscheidungen des U.S. Supreme Court herangezogen, zum Teil als Argument der Mehrheitsmeinung des Gerichts, aber meistens in den Sondervoten. Nach der Statistik der US-amerikanischen Verfassungsrechtler wurden der Begriff der Menschenwürde und seine äquivalenten Termini im Zeitraum von 1925 bis 1982 in 136 höchstrichterlichen Entscheidungen und dort in insgesamt 187 Meinungsäußerungen erwähnt.⁹ Von 1980 bis 2000 betrug die Anzahl der Meinungsäußerungen, in denen von Menschenwürde die Rede war, insgesamt 91.¹⁰

Vor allem bei der Begründung des Rechts auf Privatsphäre, das durch die *due process*-Klausel des Fourteenth Amendment geschützt wird, gilt heutzutage die Menschenwürde als ein wichtiges Argument. Denn die Entscheidungen des Individuums, die für persönliche Würde und Autonomie von zentraler Bedeutung sind, sind nach der Rechtsprechung auch für die durch das Fourteenth Amendment gewährleistete „Freiheit“ von zentraler Bedeutung.¹¹ So hat das Gericht im Jahr 1992 die gesetzliche Regelung als verfassungswidrig erklärt, nach der der ärztliche Schwangerschaftsabbruch einer verheirateten Frau eine Erklärung von dieser voraussetzt, dass der Ehegatte über die vorzunehmende Abtreibung informiert worden ist. Denn eine solche Regelung stelle eine unzulässige Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Frau dar.¹² Nach Richter *Stevens* ist gerade die Autorität, die traumatische Entscheidung zur Abtreibung zu treffen, ein Element der grundlegenden Menschenwürde.¹³

In der Entscheidung *Lawrence v. Texas* aus dem Jahr 2003 wurde das Anti-Sodomie-Gesetz in Texas für verfassungswidrig erklärt. Denn die Erwachsenen, mithin auch Homosexuelle, könnten ihr persönliches Verhältnis innerhalb ihres privaten Lebens gestalten und dennoch als freie Menschen ihre Würde behalten. Die Kriminalisierung bestimmter Beziehungen zwischen Homosexuellen laufe somit ihrer Würde zuwider.¹⁴ Im Kontext der Problematik der Sterbehilfe hat das Gericht auch anerkannt, dass jeder entscheidungsfähigen Person per Verfassung das Recht zusteht, eine unerwünschte medizinische Behandlung abzulehnen.¹⁵ Denn die Behandlung gegen den Willen des Patienten müsse als eine Einschränkung seiner Würde angesehen werden.¹⁶

⁹ Vgl. *Paust*, 27 Howard L.J. 145, 158 (1984).

¹⁰ Vgl. *Goodman*, 84 Neb. L. Rev. 740, 756 (2006).

¹¹ Vgl. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992): “These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment.” So auch *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574 (2003).

¹² Vgl. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 887–898 (1992).

¹³ Vgl. ebenda, 916 (1992) (*Stevens*, J., concurring in part and dissenting in part).

¹⁴ Vgl. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567, 575 (2003).

¹⁵ Vgl. *Cruzan v. Dir., Mo. Dep’t of Health*, 497 U.S. 261, 278 (1990).

¹⁶ Vgl. ebenda, 289 (1990) (*O’Connor*, J., concurring).

Die Menschenwürde wirkt sich darüber hinaus auch bei den anderen Garantien des Fourteenth Amendment aus. In Bezug auf die Garantie des *substantive due process* durch die *due process*-Klausel hat der U.S. Supreme Court entschieden, dass die Beweiserhebung durch einen schwerwiegenden Eingriff in die Unverletztheit des Körpers nicht nur deshalb der Verfassung zuwiderläuft, weil der Eingriff grausam ist, sondern auch deswegen, weil ein solcher Eingriff die Menschenwürde des Betroffenen verletzt.¹⁷ Auch hinsichtlich der Gewährleistung des *procedural due process* wird die Menschenwürde vereinzelt als Argument herangezogen für die Erforderlichkeit eines Hearings vor der Beendigung der Sozialhilfe für den Bürger. Denn die grundlegende Verpflichtung des Staates liege seit seiner Gründung darin, die Würde und das Wohlbefinden aller Bürger zu befördern.¹⁸ Zudem spielt die Menschenwürde auch eine wesentliche Rolle bei den Entscheidungen gegen Rassen- und Geschlechterdiskriminierung aufgrund der *equal protection*-Klausel des Fourteenth Amendment. Durch die Diskriminierungen werde die Menschenwürde des Betroffenen verletzt.¹⁹

Berücksichtigung findet die Menschenwürde aber auch in zahlreichen Entscheidungen bei der Feststellung des Schutzbereichs der anderen Amendments. In der berühmten Entscheidung *Miranda v. Arizona* hat der U.S. Supreme Court festgelegt, dass ein Verstoß gegen die *self-incrimination*-Klausel des Fifth Amendment zu bejahen ist, wenn eine gespannte Vernehmungsatmosphäre geschaffen wird, um den Betroffenen dem Willen des Vernehmers zu unterwerfen. Denn eine solche Atmosphäre beeinträchtigt ebenfalls die Menschenwürde, obwohl keine körperliche Misshandlung vorliege.²⁰ Dabei hat das Gericht sogar zum Ausdruck gebracht, dass das Privileg gegen *self-incrimination* deshalb gerechtfertigt und verfassungsrechtlich anerkannt ist, weil die Regierung die Würde der Bürger respektieren muss.²¹ In Bezug auf das Fourth Amendment ging das Gericht davon aus, dass die überwiegende Funktion dieses Amendment der Schutz der Privatsphäre und Würde vor unerlaubtem Eingriff durch den Staat ist.²² Die Menschenwürde verbiete somit, lediglich aufgrund der Möglichkeit, dass dadurch ein benötigter Beweis erhoben werden könnte, in die Rechte des Betroffenen einzugreifen.²³

¹⁷ Vgl. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952).

¹⁸ Vgl. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 264–265 (1970).

¹⁹ Vgl. *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241, 250 (1964); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 625 (1984).

²⁰ Vgl. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 457 (1966).

²¹ Vgl. ebenda: “[T]he constitutional foundation underlying the privilege [against self-incrimination] is the respect a government – state or federal – must accord to the dignity and integrity of its citizens.”

²² Vgl. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 767 (1966): “The overriding function of the Fourth Amendment is to protect personal privacy and dignity against unwarranted intrusion by the State.”

²³ Vgl. ebenda., 757, 769–770 (1966).

Hinsichtlich des Eighth Amendment hat der U.S. Supreme Court festgestellt, dass das Konzept, das dem Verbot grausamer und außergewöhnlicher Bestrafung zugrunde liegt, eben gerade die Menschenwürde ist.²⁴ Jede Strafe muss mit der Menschenwürde in Einklang stehen und darf daher jedenfalls nicht exzessiv sein.²⁵ Das Eighth Amendment bekräftigt also die Pflicht des Staates, die Würde aller Menschen zu respektieren.²⁶ So seien die erniedrigenden Bestrafungen, wie etwa die Ausbürgerung²⁷ und das Fesseln des Opfers an einen *hitching post*²⁸ verfassungswidrig. Des Weiteren solle die Meinungsäußerungsfreiheit, die durch das First Amendment gewährleistet wird, auch in den Bereich der Menschenwürde fallen. So hat das Gericht Anfang der 1970er Jahre entschieden, dass die Freiheit der Meinungsäußerung auf die Beseitigung der staatlichen Einschränkung der öffentlichen Diskussion abzielt, und zwar in dem Glauben, dass es nur so der Prämisse der Menschenwürde gerecht werden könnte.²⁹

bb) Kein absoluter Schutz der Würde

Trotz mehrfacher Erwähnung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt sich in den USA nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass die Menschenwürde einen selbstständigen Verfassungswert an sich darstellt. Insbesondere kann von einem absoluten Schutz der Menschenwürde nicht die Rede sein.

So schützt zwar die *due process*-Klausel des Fourteenth Amendment die Entscheidungen des Individuums, die für persönliche Würde und Autonomie von zentraler Bedeutung sind. Der Schutzbereich im Einzelfall ist aber häufig unter Berücksichtigung der widerstreitenden staatlichen Interessen festzulegen. Ein Beispiel: Während die passive und die indirekte Sterbehilfe gemäß dem Willen des Patienten verfassungsrechtlich erlaubt sind, fällt die ärztliche Beihilfe zur Selbsttötung nicht unter den Schutzbereich der *due process*-Klausel, obwohl es sich dabei auch um die Entscheidung über den eigenen Tod und zur Vermeidung unnötiger, schwerer körperlicher Schmerzen handelt, die für die Würde und Autonomie des Betroffenen von zentraler Bedeutung ist. Einer der Gründe dafür liegt darin, dass für das Verbot der ärztlichen Beihilfe zur Selbsttötung zahlreiche staatliche Interessen sprechen: Der Staat habe ein unbegrenztes Interesse am Lebensschutz; er müsse die Ehrlich-

²⁴ Vgl. dazu *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 (1958): “The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man.” Siehe so auch *Hope v. Pelzer*, 536 U.S. 730, 738 (2002); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 311 (2002).

²⁵ Vgl. *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 173 (1976). Siehe auch *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 270 (1972) (*Brennan, J., concurring*): “A punishment is ‘cruel and unusual,’ [...] if it does not comport with human dignity.”

²⁶ Vgl. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 560 (2005).

²⁷ Vgl. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

²⁸ Vgl. *Hope v. Pelzer*, 536 U.S. 730, 738 (2002).

²⁹ Vgl. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971).

keit und Ethik der Ärzteschaft schützen und die Missbrauchsgefahr sowie die Gefahr eines Irrtums vermeiden; es sei zudem zu befürchten, dass die Zulässigkeit der ärztlichen Beihilfe zur Selbsttötung schließlich zur Anerkennung und Ausbreitung der Euthanasie führen würde.³⁰

In Bezug auf das Fifth Amendment hat der U.S. Supreme Court auch entschieden, dass es nicht gegen die *self-incrimination*-Klausel verstoße, wenn die Bundesregierung den Betroffenen zur Erteilung einer Genehmigung für die ausländischen Banken zur Preisgabe seiner Kontoinformationen zwingt,³¹ obwohl diese Maßnahme nach Ansicht von Richter *Stevens* als ein schwerwiegender Eingriff in die Würde des Betroffenen zu bewerten ist.³² Ebenso wenig sei eine Verletzung der *self-incrimination*-Klausel anzunehmen, wenn der Betroffene gezwungen werde, Informationen zu verraten, die zur strafrechtlichen Verfolgung gegen ihn im Ausland führen würden.³³ Die Gegenansicht eines Teils der Richter, nach der das Privileg gegen *self-incrimination* den Eingriff in die Menschenwürde des Betroffenen verbietet, weshalb kein Unterschied bestehen soll, ob das Strafverfahren im Inland oder Ausland stattfindet, konnte sich nicht durchsetzen.³⁴

Ähnliches gilt für das Fourth Amendment. Obwohl dort die Menschenwürde willkürlicher Durchsuchung, Festnahme und Beschlagnahme entgegensteht, stellt der Umfang des Eingriffs in die Menschenwürde nur einen Faktor bei der Feststellung der Vernünftigkeit dieser staatlichen Maßnahmen dar.³⁵ Der Schutz der Menschenwürde müsse somit mit den anderen staatlichen Interessen abgewogen werden und häufig hinter diese zurücktreten. Daher verstoße etwa ein Bluttest ohne Einwilligung des Betroffenen nicht gegen das Fourth Amendment, wenn er im Einzelfall vernünftig sei und in angemessener Weise durchgeführt werde.³⁶ Auch die gesetzliche Regelung für einen Blut- und Urintest z.B. bei Angestellten der Bahn zur Verhinderung des Missbrauchs von Alkohol und Drogen sei verfassungsmäßig, obwohl diese Tests weder eine Genehmigung noch einen vernünftigen Verdacht voraussetzen. Denn der Staat habe ein wichtiges Interesse daran, die öffentliche Sicherheit zu garantieren, und dürfe diese Maßnahmen einsetzen, auch wenn sie in die Menschenwürde der Angestellten eingriffen.³⁷

Aus ähnlichem Grund verstoße das *drug-screening*-Programm des United States Customs Service, wonach ein Teil der Beamten dieser Behörde einem Urintest un-

³⁰ Vgl. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 728–733 (1997).

³¹ Vgl. *Doe v. United States*, 487 U.S. 201 (1988).

³² Vgl. ebenda, 201, 219 n. 1 (1988) (*Stevens*, J., dissenting).

³³ Vgl. *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998).

³⁴ Vgl. ebenda, 713 (1998) (*Breyer*, J., joined by *Ginsburg*, J., dissenting).

³⁵ Vgl. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760–763 (1985).

³⁶ Vgl. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 770–772 (1966).

³⁷ Vgl. *Skinner v. Ry. Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989).

terzogen wird, ebenfalls nicht gegen das Fourth Amendment.³⁸ Obwohl ein Eingriff in die Würde der Betroffenen oder – nach einer abweichenden Meinung – sogar eine Opferung ihrer Menschenwürde vorliege,³⁹ hat das Gericht hier wiederum der öffentlichen Sicherheit Vorrang eingeräumt. Im Jahr 1985 hat der U.S. Supreme Court auch entschieden, dass eine Verletzung des Fourth Amendment selbst dann nicht vorliegt, wenn eine des Schmuggels von Kokain Verdächtige am Flughafen 16 Stunden lang festgehalten wurde und in dieser Zeit nicht telefonieren durfte, bevor die Polizeibeamten einen Untersuchungsbefehl beantragten. Hier hielt das Gericht die Erfahrung der Verdächtigen zwar für „unangenehm und tatsächlich erniedrigend“. Dies gehe aber darauf zurück, dass sie Drogen in die USA zu schmuggeln versuchte.⁴⁰ Bei der Abwägung zwischen dem Interesse der Regierung und dem Recht des Individuums überwiege somit das erstere wesentlich, weshalb kein Verstoß gegen das Fourth Amendment anzunehmen sei.⁴¹

c) Vergleich im Zusammenhang mit der Rettungsfolter

Da die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz besonders hervorgehoben wird, stellt ihre Garantie in Deutschland das entscheidende Argument gegen die Rettungsfolter dar. Da also die Rettungsfolter nach h.M. einen Eingriff in die Menschenwürde des Gefolterten darstellt, ist sie nicht mehr zu rechtfertigen und daher zwangsläufig als Verletzung seiner Würde zu bewerten. An diesem Ergebnis ändert sich selbst dann nichts, wenn man – abweichend von der h.M. – von der Abwägungsoffenheit der Menschenwürde ausgeht. Denn auch unter dieser Prämisse soll die Rettungsfolter als Verletzung der Menschenwürde angesehen werden: Einerseits darf die Würde des gefolterten Täters nicht durch das Recht des Opfers auf Leben eingeschränkt werden, weil die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz als der „oberste Wert“ anzusehen ist, weshalb ihr im Konflikt mit dem Recht auf Leben Vorrang gewährt werden soll. Andererseits lässt sich im Rettungsfolterfall eine Einschränkung der Würde des Gefolterten auch nicht durch die Würde des Opfers begründen. Denn bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ sprechen bessere Gründe, also das absolute Folterverbot im Völkerrecht, die Gefahr eines Dammbruchs und die zahlreichen anderen mittelbaren negativen Auswirkungen der Folter, für die Vorrangigkeit der staatlichen Achtungspflicht.

Im Vergleich zur Menschenwürdegarantie in Deutschland ist der Begriff der Menschenwürde in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court eher „episodisch

³⁸ Vgl. *Nat'l Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).

³⁹ Vgl. ebenda, 680–681 (*Scalia, J.*, joined by *Stevens, J.*, dissenting).

⁴⁰ Vgl. *United States v. Montoya De Hernandez*, 473 U.S. 531, 544 (1985).

⁴¹ Vgl. ebenda, 539–541.

und unentwickelt“.⁴² Der Schutz der Menschenwürde wirkt sich zwar bei der Feststellung des Schutzbereichs bestimmter Amendments aus und wird insofern vom U.S. Supreme Court als ein Verfassungswert akzeptiert. Die Menschenwürdegarantie wird aber in den USA – entgegen der Ansicht einiger Autoren⁴³ – keinesfalls als das Fundament der Verfassungsordnung oder als der oberste Verfassungswert hervorgehoben. In der Tat hat der U.S. Supreme Court bisher noch nicht einmal versucht, den Begriff der Menschenwürde zu definieren bzw. ihren Inhalt zu konkretisieren. In den meisten Entscheidungen, in denen die Menschenwürde erwähnt wird, stellt ihre Garantie vielmehr nur ein rein rhetorisches Argument dar. Sie wird nur kurz erwähnt und kaum näher begründet. Insbesondere gilt die Menschenwürde in der US-Verfassung nicht als „unantastbar“ und wird auch nicht als ein absoluter Wert angesehen, der gegen jegliche Interessenabwägung immun ist. Im Gegenteil: Die Menschenwürdegarantie stellt in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court nur einen der vielen Faktoren der Interessenabwägung dar, durch die der Schutzbereich des betreffenden Amendment im Einzelfall festgestellt wird. Wie oben schon dargestellt, tritt die Menschenwürde dabei prinzipiell hinter die staatlichen Interessen, vor allem die öffentliche Sicherheit zurück. Aus diesem Grund liefert die Menschenwürdegarantie in der US-Verfassung auch kein ausschlaggebendes Argument gegen die Rettungsfolter. So wird gerade der Schutz berechtigter staatlicher Interessen als Ausnahme zu den beiden im Rettungsfolterfall in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Klauseln, nämlich der *self-incrimination* und der *due process*-Klausel, festgestellt, obwohl bei der Begründung und Auslegung der Klauseln auch die Menschenwürde eine Rolle spielt.

2. Völkerrechtsfreundlichkeit

Sowohl Deutschland als auch die USA haben die UN-Antifolterkonvention und den IPbpR ratifiziert, wonach Folter absolut verboten ist. Auch wird in beiden Ländern weitgehend anerkannt, dass das absolute Folterverbot im Völkerrecht als zwingendes Völkergewohnheitsrecht gilt und *ius cogens*-Charakter besitzt. Ein auffälliger Unterschied zwischen den beiden Ländern besteht allerdings darin, ob und wie sich dieses völkerrechtliche Folterverbot auf die innerstaatliche Rechtsordnung auswirkt.

⁴² Vgl. *Jackson*, 65 Mont. L. Rev. 15, 17 (2004). Nichts anderes gilt in den Bundesstaaten. In den USA ist die Menschenwürde nur in der Verfassung von Louisiana (Art. I, § 3), Montana (Art. II, § 4) und Illinois (Art. I, § 20) erfasst. Obwohl die Menschenwürde in der Verfassung von Montana auch als „unantastbar“ (*inviolable*) erklärt wird, spielt sie nur eine untergeordnete und subsidiäre Rolle in der Rechtsprechung (siehe dazu *Jackson*, 65 Mont. L. Rev. 15, 28 [2004]). Auch in Illinois wird die verfassungsrechtliche Vorschrift für die Menschenwürde als „purely hortatory“ betrachtet. Sie stellt also nur einen *constitutional sermon* dar, ermöglicht weder einen *cause of action* noch eine Einschränkung der staatlichen Macht (vgl. *Irving v. J. L. Marsh, Inc.*, 360 N.E.2d 983, 984 [Ill. App. 1977]; *Aida v. Time Warner Entm't Co.*, L.P., 772 N.E.2d 953, 961 [Ill. App. 2002]).

⁴³ Vgl. z.B. *Resnik/Suk*, 55 Stan. L. Rev. 1921, 1941 (2003). Danach betrachtet der U.S. Supreme Court die Menschenwürde als einen klaren Kernwert der Verfassung.

Obwohl in Deutschland die Lehre des Dualismus herrscht, nach der Völkerrecht und innerstaatliches Recht eigenständige, unabhängig voneinander existierende Rechtsordnungen sind, ist die deutsche Rechtsordnung insoweit wesentlich völkerrechtsfreundlicher. Nach Art. 59 Abs. 2 GG haben die Vorschriften in der UN-Antifolterkonvention und dem IPbpR jedenfalls den Rang eines Bundesgesetzes. Da das Folterverbot zum Völkergewohnheitsrecht zählt, soll es in Deutschland gemäß Art. 25 Satz 2 GG hierarchisch über einfachem Bundesgesetz stehen. Zwar lehnt die heute h.M. in Deutschland den Verfassungs- oder Überverfassungsrang des Völkergewohnheitsrechts ab. Dennoch ist das völkerrechtliche Folterverbot selbst für die Auslegung des Grundgesetzes von Bedeutung. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind die Bestimmungen des Grundgesetzes völkerrechtsfreundlich auszulegen. Die Menschenrechtsstandards des zwingenden Völkergewohnheitsrechts sollen darüber hinaus in Deutschland sogar zum Kernbestand der Verfassungsordnung gehören. Aus diesem Grund ist zumindest bei der Auslegung von Verfassungsrecht auch das Folterverbot als Völkergewohnheitsrecht zu berücksichtigen. Gerade aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung findet das absolute Folterverbot im Völkerrecht den Zugang zur innerstaatlichen rechtlichen Bewertung der Rettungsfolter und bildet ein weiteres überzeugendes Argument gegen ihre Zulässigkeit. Bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ im Rettungsfolterfall fällt somit das völkerrechtliche Folterverbot stark ins Gewicht und spricht für den Vorrang der Achtungspflicht der Würde.

In den USA dominiert die Lehre des Monismus, nach der Völkerrecht und nationales Recht eine einheitliche Rechtsordnung bilden.⁴⁴ Nach der *Supremacy*-Klausel des Art. VI Abs. 2 der US-Verfassung sind alle im Namen der USA abgeschlossenen oder künftig abzuschließenden Verträge, genauso wie die Verfassung an sich und die Bundesgesetze, das oberste Gesetz des Landes. Trotz dieser völkerrechtsfreundlichen Regelung ist heute die Wirkung des Völkerrechts in der US-amerikanischen Rechtsordnung in vielfältiger Hinsicht eingeschränkt. In der Tat sind die USA seit Jahrzehnten bei der Integration von Völkerrecht in die innerstaatliche Rechtsordnung eher zurückhaltend. Denn nach dem Zweiten Weltkrieg beschäftigt sich das Völkerrecht immer mehr mit dem Thema der Menschenrechte bzw. der Beziehung zwischen den Bürgern und ihrer Regierung, weshalb die Gefahr entstanden und gestiegen ist, dass das Völkerrecht dem innerstaatlichen Recht widerspricht. Um sicherzustellen, dass das Befolgen des Völkerrechts die Gesetze, die Politik oder die Praxis der USA nicht verändert, haben die USA viele multilaterale Verträge über die Garantie der Menschenrechte gar nicht ratifiziert. Selbst bei denjenigen, die ratifiziert worden sind, wurde in der Regel eine Reihe von RUDs (*reservations, understandings, and declarations*) hinzugefügt, durch die die innerstaatlichen Auswirkungen dieser Verträge eingeschränkt werden. Dies ist gerade der Fall bei der UN-Antifolterkonvention und dem IPbpR. Da die beiden Verträge

⁴⁴ Vgl. v. *Arnauld*, Völkerrecht, Rdn. 496.

von den USA ratifiziert worden sind, sollen sie auch als ein Teil des US-amerikanischen Rechts angesehen werden. Allerdings hat der US-Senat die Vorschriften in diesen Verträgen, aus denen sich das absolute Folterverbot ergibt, ausdrücklich als nicht *self-executing* erklärt, mit der Folge, dass das völkerrechtliche Folterverbot ohne entsprechende Gesetzgebung des Congress nicht von den Bundesgerichten unmittelbar zur Anwendung gebracht werden darf. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das absolute Folterverbot im Völkerrecht als zwingendes Völkergewohnheitsrecht gilt. Denn in Art. III und VI der US-Verfassung ist nicht geregelt, dass das Völkergewohnheitsrecht ebenfalls das Recht der USA ist. Jedenfalls würde der U.S. Supreme Court das Völkergewohnheitsrecht nicht ohne oder sogar gegen den Willen des Gesetzgebers ins Bundesrecht integrieren lassen. Ebenso wenig kann sich das Folterverbot im Völkerrecht auf die Auslegung der US-Verfassung und der anderen Bundesgesetze auswirken. Denn durch die Erklärung der betreffenden Vorschriften als nicht *self-executing* hat der US-Senat seinen Willen manifestiert, das absolute Folterverbot im Völkerrecht nicht ohne weitere Gesetzgebung in die US-amerikanische Rechtsordnung zu integrieren. Aus diesen Gründen lässt sich in den USA kaum mit dem absoluten Folterverbot im Völkerrecht argumentieren, dass auch die Rettungsfolter nicht erlaubt werden darf.

B. Öffentliches Recht

In Deutschland existiert keine polizeirechtliche Eingriffsbefugnis für die Ausübung der Rettungsfolter. In der Tat ist die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Auskunft in den Polizeigesetzen aller Bundesländer Deutschlands ausgeschlossen. In den Polizeigesetzen einiger Bundesländer ist hinsichtlich der polizeilichen Befragung bzw. Vernehmung geregelt, dass § 136a StPO entsprechend gilt; in einigen anderen Bundesländern wird in Bezug auf die Anwendung unmittelbaren Zwangs ein ausdrückliches Verbot nominiert, nach dem unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist; oft kommen sogar beide Modelle kumulativ zur Anwendung. Dieses absolute Folterverbot im Polizeirecht wird vor allem von der Menschenwürdegarantie im Grundgesetz abgeleitet. Gerade weil die Menschenwürdegarantie gegenüber dem Lebensschutz verfassungsrechtlich höherrangig gestaltet worden ist, lässt sich die Ansicht in Deutschland nicht durchsetzen, die durch den Vergleich zwischen der Vorschrift zum finalen Rettungsschuss im Polizeigesetz und der zum Verbot der Aussageerzwingung eine sogenannte Wertungslücke erkennt und aufgrund dieser für eine teleologische Reduktion des polizeirechtlichen Folterverbots im Rettungsfolterfall plädiert.

Die Rechtslage in den USA ist hingegen anders. In den USA existiert kein Polizeigesetz wie in Deutschland, in dem die Befugnisse der Polizei ausführlich geregelt werden. Das Polizeirecht ist vielmehr unmittelbar mit dem Verfassungsrecht verbunden und gilt als „Verfassungsvorbehalt“: Die polizeilichen Maßnahmen fin-

den also im Prinzip erst dann ihre Grenzen, wenn dadurch die per Verfassung garantierten Grundrechte der Bürger verletzt werden. Solange kein Verstoß gegen die US-Verfassung vorliegt, darf die Polizei im Grunde genommen jegliche Maßnahme durchführen. Ein eindeutiges Verbot der Rettungsfolter lässt sich aber gerade der US-Verfassung nicht entnehmen, denn die Menschenwürdegarantie gilt im US-amerikanischen Verfassungsrecht – wie oben dargestellt – nicht ohne Ausnahme und auch das absolute Folterverbot im Völkerrecht, das vom US-Senat als nicht *self-executing* erklärt worden ist, kann in den USA jedenfalls nicht von Bundesgerichten direkt zur Anwendung gebracht werden. Daher ist unklar, ob die Rettungsfolter gegen die Verfassung verstößt und daher auch polizeirechtlich verboten ist. Für die Feststellung der öffentlich-rechtlichen (Un-)Zulässigkeit der Rettungsfolter hilft auch 42 U.S.C. § 2000dd nicht weiter, wonach niemand in Gewahrsam oder unter der physischen Kontrolle der US-Regierung, ungeachtet seiner Nationalität und seines Standorts, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden darf. Denn dort in § 2000dd (d) wird die Definition der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung wiederum mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen, also dem Fifth und Fourteenth Amendment verbunden.

C. Strafrecht

Nach dem in Deutschland herrschenden dreistufigen Deliktsaufbau ist die Straftat eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, solange im Gesetz keine weiteren Voraussetzungen vorgesehen sind. Dieser Verbrechensbegriff ist dem US-amerikanischen Strafrecht fremd. Eine Straftat liegt nach dem Strafrecht der USA vielmehr vor, wenn einerseits die Voraussetzungen einer *offense*, also sowohl *actus reus* als auch *mens rea*, erfüllt sind und andererseits keine *defenses* bzw. Verteidigungsgründe existieren. Im Folgenden wird aber der Vergleich einheitlich im Rahmen des dreistufigen Deliktsaufbaus vorgenommen, damit die Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den beiden Rechtsordnungen besser veranschaulicht werden können.

1. Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter

Sowohl in Deutschland als auch in den USA ist die Tatbestandsmäßigkeit der Rettungsfolter ohne Schwierigkeit zu bejahen. In Deutschland erfüllt die Rettungsfolter nach h.M. den Tatbestand des § 240 StGB. Werden dem Gefolterten körperliche Schmerzen zugefügt, gilt auch der Tatbestand des § 340 StGB als verwirklicht. Da aber die Rettungsfolter von präventiver Natur ist, fällt sie nach h.M. in Deutschland nicht unter den Tatbestand des § 343 StGB. Auch in der US-amerikanischen Rechtsordnung existieren zahlreiche strafrechtliche Tatbestände, durch

die Folter unter Strafe gestellt wird. Findet etwa im Rettungsfolterfall die Zufügung von körperlichen Schmerzen statt, sind die Tatbestände von *assault* oder *battery* auf jeden Fall anwendbar. In einigen Bundesstaaten ist Folter an sich schon als Straftat vorgesehen.

2. Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung

Nach dem dreistufigen Deliktsaufbau in Deutschland stellen die Rechtswidrigkeit und die Schuldhaftigkeit zwei verschiedene Voraussetzungen der Straftat dar. Eine tatbestandsmäßige Handlung ist rechtswidrig, wenn ihre Bewertung nach rechtlichen Maßstäben einen Widerspruch zur Rechtsordnung im Ganzen ergibt, während die Schuldhaftigkeit bedeutet, dass die rechtswidrige Tat dem Täter zum Vorwurf gereicht.⁴⁵ Dementsprechend ist die Rechtfertigung von der Entschuldigung zu differenzieren.

Eine Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* existierte zwar bereits vor der Gründung der USA in der Tradition des *common law* und spielte damals vor allem bei der Verhandlung von Tötungsdelikten eine Rolle. Im Lauf der Zeit hat sie jedoch an praktischer Bedeutung verloren, sodass die Gerichte allmählich kaum noch Wert darauf legten. Auch in der US-amerikanischen Rechtsordnung wurde *justification* lange Zeit nicht von *excuse* unterschieden. Erst seit den 1970er Jahren lässt sich eine deutliche Tendenz zur Differenzierung beobachten. Heutzutage ist jedenfalls eine begriffliche Differenzierung zwischen *justification* und *excuse* von der h.M. in den USA akzeptiert. Über Einzelheiten herrscht aber noch heftiger Streit. So ist bisher noch nicht abschließend geklärt, wie *justification* von *excuse* abzugrenzen ist. Die h.M. geht davon aus, dass eine gerechtfertigte (*justified*) Handlung ein moralisch richtiges Verhalten darstellt, welches unterstützt oder mindestens toleriert werden soll, während eine *excuse* nur bedeutet, dass der Täter nicht strafrechtlich schuldhaft gehandelt hat, obwohl seine Handlung falsch (*wrong*) und unerwünscht ist. Dagegen wird aber eingewendet, dass die Gesetzgeber bei der Konstruierung der *justification defenses* nicht bis in alle Einzelheiten moralischen Intuitionen folgen, sodass sich nicht jede Voraussetzung der *justification* durch moralische Richtigkeit erklären lässt. Zudem wird auch die praktische Bedeutung dieser Differenzierung für das gegenwärtige Strafrechtssystem immer wieder infrage gestellt.

3. Berufung der Hoheitsträger auf die strafrechtliche Rechtfertigung

Sowohl in Deutschland als auch in den USA stehen den Hoheitsträgern die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Nach den Strafgesetzen in den USA sind einige *justifications* schon von Natur aus auf Hoheitsträger anwendbar.

⁴⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, Vor § 13 Rdn. 6; *Gropp*, AT, § 3 Rdn. 46 f.

So ist z.B. die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (*execution of public duty*) ausdrücklich in MPC § 3.03 und die Gewaltanwendung bei Festnahmen (*law enforcement*) in MPC § 3.07 als *justification* vorgesehen. In Deutschland geht zwar die öffentlich-rechtliche Theorie davon aus, dass sich die Polizeibeamten gar nicht oder zumindest – nach der eingeschränkten Variante dieser Theorie – prinzipiell nicht auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen dürfen. Nach der ganz überwiegenden Ansicht, also sowohl der differenzierenden als auch der strafrechtlichen Theorie, und insbesondere auch nach der Rechtsprechung soll aber den Polizeibeamten die Möglichkeit der Berufung auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht von Anfang an abgesprochen werden. Eine hiermit verbundene Frage ist, ob die strafrechtliche Rechtfertigung die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse erweitern kann. In Deutschland besteht diesbezüglich der heftige Streit zwischen der differenzierenden und der strafrechtlichen Theorie. Während Erstere diese Frage verneint, besagt Letztere, dass die allgemeinen Rechtfertigungsgründe auch hoheitliche Eingriffsbefugnisse begründen können. In den USA wird diese Frage kaum thematisiert. Nach dem dortigen Verständnis soll es sich beim Strafrecht vielmehr nur um die *ex post*-Feststellung der Strafbarkeit des Angeklagten als private Person handeln, weshalb die strafrechtlichen *justifications* keine hoheitlichen Eingriffsbefugnisse begründen können.

4. Notwehr

Bei der Prüfung, welche strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Rettungsfolterfall Anwendung finden können, kommt in beiden Ländern zunächst die Notwehr bzw. Nothilfe in Betracht. Während die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter in Deutschland in erster Linie im Rahmen der Notwehr diskutiert wird, trifft dies auf die USA nicht zu.

a) Notwehrlage

In Deutschland ist nach h.M. das Vorliegen einer Notwehrlage bzw. eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Rettungsfolterfall zu bejahen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass zur Zeit der Rettungsfolter der gefolterte Täter bereits im Gewahrsam bzw. unter der physischen Kontrolle des Polizeibeamten steht. Denn einerseits lässt sich im Entführungsfall die Untätigkeit des Entführers nach seiner Festnahme nicht isoliert von seinem vorherigen aktiven Tun – dem Einsperren des Opfers – als Unterlassen bewerten. Da also die Rechtsgüter des Entführungsofopfers weiter dadurch verletzt werden, dass der Entführer den Aufenthaltsort des Opfers verschweigt und damit den rechtswidrigen Zustand aufrechterhält, muss davon ausgegangen werden, dass das Einsperren des Opfers und das Verschweigen des Aufenthaltsorts eine „soziale Sinneinheit“ im Sinne eines Dauerdelikts bilden. Die Nichtbeendigung eines rechtswidrig geschaffenen Dauer-

zustands soll aber als ein rechtswidriger Angriff durch aktives Tun angesehen werden. Auf der anderen Seite ist Folgendes zu beachten: Selbst wenn man das Nichtpreisgeben des Aufenthaltsorts lediglich als Unterlassen ansieht, ist hier ebenfalls ein Angriff anzunehmen. Denn nach h.M. in Deutschland kann auch ein unechtes Unterlassen einen Angriff im Sinne der Notwehr darstellen. Die Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit dieses Angriffs erweist sich als unproblematisch.

In den USA setzen sowohl die *self-defense* als auch die *defense of others* eine gegenwärtige und unrechtmäßige Gewaltanwendung des Angreifers voraus. Ein wesentlicher Unterschied zur Notwehrlehre in Deutschland besteht schon darin, dass in den USA unter die „Gewaltanwendung“ nur ein physischer Angriff bzw. der Einsatz von physischer Gewalt fällt. Da im Rettungsfolterfall der gefolterte Täter, der festgenommen und physisch kontrolliert wird und nur die rettenden Informationen nicht verrät, aber gerade keinen physischen Angriff ausübt, wird die Anwendbarkeit der *self-defense* und *defense of others* in den USA nahezu einhellig verneint. Aus diesem Grund kommt es in den USA bei der Frage der strafrechtlichen *justification* der Rettungsfolter hauptsächlich darauf an, ob die *defense of necessity* Anwendung finden kann.

b) Rettungsfolter und Geeignetheit

In Deutschland muss die Notwehrhandlung erforderlich sein. Sie muss also zum einen geeignet sein, einen Angriff abzuwehren, und zum anderen das mildeste der zur Verfügung stehenden Gegenmittel darstellen. Nichts anderes gilt in den USA im Rahmen der *defense of necessity*, nach der die Notstandshandlung zur Vermeidung der drohenden Schäden geeignet sein muss, die nicht anders abwendbar sind. Ob die Rettungsfolter im Einzelfall als das mildeste Mittel angesehen werden kann, ist in beiden Ländern eine Tatfrage, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist. Umstritten ist in Deutschland aber, ob die Rettungsfolter zur Abwehr eines Angriffs bzw. zur Erpressung von rettenden Informationen geeignet ist. In den USA wird – vor allem im Rahmen der *defense of necessity* – noch intensiver diskutiert, ob durch die Rettungsfolter die drohenden Schäden verhindert werden können bzw. ob eine direkte Kausalität zwischen der Rettungsfolter und der Verhinderung der Schäden bestehen kann oder ob der folternde Polizeibeamte vernünftigerweise von der Existenz einer solchen Kausalität ausgehen darf. In beiden Ländern wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass Folter kein taugliches Mittel der Wahrheitserforschung darstelle. Danach könne Folter zwar Aussagen, aber meistens keine Wahrheit erpressen. Körperliche oder seelische Misshandlungen zerstörten vielmehr das Vertrauen des Gefolterten und verstärkten nicht selten seinen Widerstand, weshalb sie die Ermittlung der Wahrheit nicht nur erschweren, sondern sogar vereiteln könnten. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf die bitteren Erfahrungen der Vergangenheit. Sie wird in den USA insbesondere dadurch untermauert, dass es während des *war on terror* kaum gelungen ist, wertvolle Informationen durch Folter zu erzwingen.

Die überwiegende Ansicht in beiden Ländern bejaht hingegen die Geeignetheit der Rettungsfolter. Denn anders als die Folter zum Erhalt eines Geständnisses sind die Informationen bei der Rettungsfolter für die Rettung des Opfers höchst relevant, daher wird und muss die Wahrheit der Angaben des gefolterten Täters kurzfristig überprüft werden. Wegen dieser kurzfristigen Überprüfbarkeit ist eine Falschinformation auch aus Sicht des gefolterten Täters kein taugliches Mittel, der Folter zu entgehen, da diese nach einer Überprüfung der Angaben sofort fortgesetzt würde. Aus diesem Grund ist der gefolterte Täter im Rettungsfolterfall einem maximalen Zwang zur Preisgabe wahrer Informationen ausgesetzt. Die Geeignetheit der Rettungsfolter ist auch in beiden Ländern schon tatsächlich bewiesen worden. So hat der festgenommene Entführer sowohl im „Daschner-Fall“ in Deutschland als auch im „Leon-Fall“ in den USA aufgrund der körperlichen oder seelischen Misshandlungen das Versteck des Entführungsofners verraten.

c) Einschränkung des Notwehrrechts

Anders als in den USA unterliegt das Notwehrrecht in Deutschland grundsätzlich keiner Einschränkung der Verhältnismäßigkeit. Für die Bejahung der Notwehr kommt es also im Prinzip nicht auf die Verhältnismäßigkeit der Schäden an, die durch den Angriff und durch die Verteidigung drohen. Um aber die als zu rigide empfundene Notwehrregelung des § 32 StGB sozialverträglich zu gestalten, nehmen sowohl die Rechtsprechung als auch die h.L. in Deutschland bestimmte sozial-ethische Einschränkungen des Notwehrrechts an. Diese Einschränkungen werden an die „Gebotenheit“ i.S.d. § 32 Abs. 1 StGB geknüpft und dogmatisch dadurch begründet, dass sie im Grundgedanken des Notwehrrechts wurzeln. Nach der in Deutschland herrschenden dualistischen Notwehrlehre ist das Notwehrrecht von zwei im selben Rang stehenden Grundgedanken geprägt: dem Individualschutz und der Rechtsbewahrung. Obwohl das Rechtsbewährungsprinzip ursprünglich als Argument zur Erweiterung des Notwehrrechts in die Notwehrlehre übernommen wurde, sodass die schneidige Notwehr in Deutschland durch das Prinzip „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ begründet werden kann, ermöglicht es heutzutage aber auch, das Notwehrrecht mithilfe der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen einzuschränken. So muss etwa die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG jedenfalls als Einschränkung des Notwehrrechts gelten. Denn die Menschenwürde als tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert ist in der deutschen Rechtsordnung insgesamt von hoher Bedeutung: Eine Verteidigungshandlung, die die Menschenwürde eines anderen verletzt, bewahrt die Rechtsordnung gerade nicht. Da die Rettungsfolter die Menschenwürde des gefolterten Täters verletzt, kann sie in Deutschland auch nicht als gebotene Notwehrhandlung angesehen werden. Eine Rechtfertigung der Rettungsfolter mit Notwehr scheidet somit aus.

Bei der *self-defense* im US-amerikanischen Strafrecht herrscht zwar das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Dass die Menschenwürde und Autonomie des Betroffenen als die absolute Grenze des Notwehrrechts gilt, wird in den USA aber nur vereinzelt vertreten. Mit der Tendenz der letzten Jahrzehnte, die Rechte des Opfers gegenüber denen des Angreifers zu bevorzugen und dadurch das Notwehrrecht auszuweiten, ist diese Ansicht auch nicht zu vereinbaren.

5. Rechtfertigender Notstand

Da die *self-defense* und die *defense of others* in den USA nicht anwendbar sind, weil vom Täter selbst im Rettungsfolterfall keine Gewalt ausgeht, ist weiter zu erörtern, ob die Rettungsfolter durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden kann. Im Gegensatz dazu ist in Deutschland die Prüfung des rechtfertigenden Notstands im Rettungsfolterfall nur von untergeordneter Bedeutung. Sie ist nur dann notwendig, wenn man abweichend von der h.M. davon ausgeht, dass die Rettungsfolter auch den Tatbestand des § 343 StGB verwirklicht, oder dass im Rettungsfolterfall kein Angriff seitens des gefolterten Täters vorliegt.

a) Utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands?

Historisch betrachtet wurde der rechtfertigende Notstand weder in Deutschland noch im *common law* rein utilitaristisch begründet. In Deutschland konnte Notstand im 18. Jahrhundert nur unter Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebes des Täters zur Straflosigkeit der Tat führen. Ein Notrecht im Sinne der Eingriffsbefugnis wurde nicht anerkannt. Zwar wurde der Notstand im 19. Jahrhundert unter dem Einfluss des Utilitarismus von immer mehr Autoren als Rechtfertigungsgrund betrachtet. Die rein utilitaristische Begründung in Form der Güterabwägung konnte sich aber in der deutschen Literatur nicht durchsetzen. Schon seit Ende des 19. Jahrhunderts wurde in Deutschland immer wieder versucht, die rein utilitaristische Güterabwägung durch Mitberücksichtigung der anderen Prinzipien der freiheitlichen Rechtsordnung, insbesondere der Freiheitsrechte und Autonomie des unschuldigen Dritten, zu ergänzen bzw. einzuschränken. In der Literatur herrschten daher bei der Begründung des rechtfertigenden Notstands in den letzten gut hundert Jahren die vermittelnden Ansichten vor.

Auch im traditionellen englischen *common law* beruhte die *defense of necessity* bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nicht auf irgendeiner utilitaristischen Interessenabwägung, sondern auf dem Defizit der Willensfreiheit und der mangelnden Entscheidungsmöglichkeit des Täters in einer Notlage. Daher konnte die *defense of necessity* immer nur eingeschränkt Anwendung finden. So wurde etwa ihre Anwendbarkeit in den Fällen des Notdiebstahls spätestens im 18. Jahrhundert fast einhellig verneint.

In Deutschland wird zur Begründung des rechtfertigenden Notstands immer häufiger die Solidaritätspflicht des Betroffenen aufgegriffen. Dadurch kann erklärt werden, warum und in welchen Fällen die freiheitliche Rechtsordnung ausnahmsweise den Eingriff in die Rechtssphäre eines unschuldigen Dritten und die Opferung seiner Rechtsgüter zum Schutz anderer Interessen erlaubt, ohne dass dadurch dessen Freiheitsrechte, vor allem seine Autonomie, beeinträchtigt werden. In der US-amerikanischen Literatur wird heute die *defense of necessity* aber überwiegend anhand der utilitaristischen Güterabwägung begründet. Insbesondere wurde in § 3.02 MPC eine rein utilitaristische Version der *defense of necessity* aufgenommen. Dabei wurden nicht nur die Voraussetzungen der *defense of necessity* großzügig formuliert. Zudem wurde die *defense of necessity* ausnahmslos bei jeder *offense*, auch bei vorsätzlicher Tötung, für anwendbar gehalten. In der Praxis erweist sich dieses rein utilitaristische Verständnis der *defense of necessity* jedoch als problematisch. In den meisten Bundesstaaten wird ihre Anwendbarkeit weiter eingeschränkt. Auch in der Rechtsprechung der Bundesgerichte wird die *defense of necessity* zwar in zahlreichen Entscheidungen berücksichtigt, aber ganz selten als der Grund für die *justification* der infrage kommenden Tat und die Straflosigkeit des Täters angenommen.

b) Notstandslage

Die durch Rettungsfolter zu rettenden Rechtsgüter sind in beiden Ländern notstandsfähig. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Notstandslage wird in Deutschland ausschließlich auf eine (objektive) *ex ante*-Sicht abgestellt. In den USA gehen die Meinungen darüber auseinander. Die Bundesgerichte vertreten häufig die Ansicht, dass der „gegenwärtige Schaden“ eine „reale“ Notsituation, eine Krise mit unmittelbar bevorstehender Gefahr für den Täter selbst oder für einen anderen bedeutet. Auch in einigen Bundesstaaten wird verlangt, dass die abzuwendende Gefahr tatsächlich existieren muss. Im MPC § 3.02 (1) ist hingegen festgeschrieben, dass der Glaube des Täters an das Vorliegen einer Notstandslage für die Bejahung der *defense of necessity* ausreicht. Diesem Standpunkt folgt auch ein Teil der Bundesstaaten. Nach einer dritten, vermittelnden Ansicht, die in zahlreichen Bundesstaaten herrscht, darf sich der Täter dann – und auch nur dann – auf die *defense of necessity* berufen, wenn sein Glaube an das Vorliegen einer Notstandslage vernünftig ist. Im Rettungsfolterfall hat diese Meinungsverschiedenheit allerdings keinen Einfluss auf das Ergebnis. Dass im Rettungsfolterfall eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr vorliegt, ist in beiden Ländern zu bejahen.

c) *Interessenabwägung und ihre Grenzen*

Die Annahme eines rechtfertigenden Notstands setzt in Deutschland eine Interessenabwägung voraus. So ist es auch in den USA hinsichtlich der *defense of necessity*. Wie die Interessenabwägung vorzunehmen ist bzw. wo sie ihre Grenze hat, ist eine Frage, die in beiden Ländern erst mit Rücksicht auf den Legitimationsgrund des rechtfertigenden Notstands beantwortet werden kann. In Deutschland lässt sich die rein utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands nicht durchsetzen. Sowohl die Vertreter der vermittelnden Ansicht, nach der das in § 34 StGB zum Ausdruck kommende utilitaristische Denken wieder durch bestimmte deontologische Rechtsprinzipien begrenzt wird, als auch die Anhänger der Lehre, die den Legitimationsgrund des rechtfertigenden Notstands in der Solidaritätspflicht des Betroffenen sieht, sind sich dahingehend einig, dass die Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB in vielfältiger Hinsicht eingeschränkt ist. So ist der rechtfertigende Notstand erst dann anzunehmen, wenn das geschützte Interesse das verletzte „wesentlich“ überwiegt. Zudem soll nach h.M. die Angemessenheitsklausel zeigen, dass die Notstandshandlung in der konkreten Situation nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheinen muss. Ungeachtet des Dissenses, ob sie bereits bei der Interessenabwägung oder erst bei der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt werden soll, besteht in der deutschen Literatur insoweit Einigkeit, dass zumindest die wichtigsten Wertentscheidungen des Grundgesetzes bei der Rechtfertigung einer Tat durch § 34 StGB von entscheidender Bedeutung sind. Insbesondere soll die Menschenwürdegarantie die Grenze des rechtfertigenden Notstands darstellen. Denn nach h.M. gilt die Achtung der Menschenwürde absolut und entzieht sich jeder sozialpragmatischen Einzelfallbetrachtung nach Nützlichkeitsabwägungen.

Dieser Besonderheit der Menschenwürde wird man durch die Angemessenheitsklausel gerecht: Da also als angemessene Notstandshandlung nur ein solches Mittel angesehen werden kann, das mit den fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft sowie den obersten Prinzipien der Rechtsordnung vereinbar ist, lässt sich eine Tat, die die Menschenwürde eines anderen verletzt, nicht durch § 34 StGB rechtfertigen, weil sie der grundlegenden Wertentscheidung des Grundgesetzes zuwiderläuft. Zu demselben Ergebnis kommt auch die Gesamtabwägungslehre, nach der schon nicht von einem wesentlichen Überwiegen des geschützten Interesses die Rede sein kann, wenn auf der anderen Seite der Waagschale eine Verletzung der Menschenwürde liegt. Da die Rettungsfolter die Menschenwürde des gefolterten Täters verletzt, ist sie in Deutschland auch nicht durch § 34 StGB zu rechtfertigen.

Obwohl im US-amerikanischen Recht keine Angemessenheitsklausel i.S.d. § 34 Satz 2 StGB existiert, ist die Interessenabwägung bei der *defense of necessity* auch nicht ohne Grenzen durchzuführen. Sie wird vor allem in zwei Hinsichten eingeschränkt. Die erste, in den USA weitgehend anerkannte Einschränkung besteht da-

rin, dass eine Interessenabwägung nicht stattfinden kann, wenn der Gesetzgeber vorher bereits eine Wertentscheidung in Bezug auf den vorliegenden Interessenkonflikt getroffen hat. Diese Einschränkung steht aber der Interessenabwägung im Rettungsfolterfall nicht entgegen. Denn eine entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers, die Rettungsfolter absolut zu verbieten und die Abwägung der widerstreitenden Interessen von Anfang an auszuschließen, lässt sich in den USA – insbesondere auf Bundesebene – nicht feststellen. Im Gegenteil: Der US-Senat hat die Vorschriften in der UN-Antifolterkonvention und im IPbPR, aus denen sich das absolute Folterverbot ergibt, ausdrücklich als nicht *self-executing* erklärt und dadurch seinen Willen manifestiert, das absolute Folterverbot im Völkerrecht nicht ohne weitere Gesetzgebung in die US-amerikanische Rechtsordnung zu integrieren. Die zweite Einschränkung der Interessenabwägung ist, dass sie bei einigen schwerwiegenden Straftaten ihre Grenzen finden könnte. Zwar vertreten die Autoren des MPC aufgrund des rein utilitaristischen Verständnisses der *defense of necessity* die Ansicht, dass selbst die Tötungsdelikte nicht vom Anwendungsbereich dieser *defense* ausgesperrt werden sollen. Dagegen ist aber in einigen Bundesstaaten der USA ausdrücklich vorgesehen, dass bestimmte, besonders schwerwiegende Straftaten überhaupt nicht durch die *defense of necessity* gerechtfertigt werden können. Unter diese Straftaten fällt vor allem die absichtliche Tötung. In wenigen Bundesstaaten, wie etwa Arizona, ist auch festgeschrieben, dass die *defense of necessity* schon bei der schweren Körperverletzung nicht in Betracht kommt. Dementsprechend ist in diesen Bundesstaaten die Anwendbarkeit der *defense of necessity* im Rettungsfolterfall eingeschränkt, weil die Rettungsfolter häufig in der vorsätzlichen Zufügung von großen körperlichen Schmerzen besteht. Festzuhalten ist jedenfalls, dass in den USA die Menschenwürdegarantie keine absolute Grenze der Interessenabwägung bzw. der *defense of necessity* darstellt. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Ländern.

Da eine Interessenabwägung im Rettungsfolterfall in der Regel nicht ausgeschlossen ist, muss in den USA weiter geprüft werden, ob durch die Rettungsfolter überwiegendes Interesse geschützt wird. Auf der Seite des Erhaltungsguts sind vor allem das Leben vieler zu rettender Menschen, das Ausmaß der Gefahr und das Verschulden des gefolterten Täters zu beachten. Auf die Waagschale des Eingriffsguts sind das spezifische Übel der Folter, insbesondere die Menschenwürde des Gefolterten, die Gefahr eines *slippery slope* und zahlreiche andere mittelbare negative Auswirkungen der Folter zu legen. Anders als in Deutschland fällt auch hier die Menschenwürde des gefolterten Täters nicht besonders ins Gewicht. Die Ansicht, die der Menschenwürdegarantie bei der Interessenabwägung ausschlaggebende Bedeutung zumisst, wird in den USA nur vereinzelt vertreten. Da in der US-amerikanischen Literatur die *defense of necessity* als eine utilitaristische *defense* verstanden wird, stellt der Regelutilitarismus das stärkste Argument gegen die Rettungsfolter dar. Danach sollen insbesondere die Gefahr eines *slippery slope* und die mittelbaren Auswirkungen der Folter, wie etwa die Untergrabung der grundlegenden demokratischen Prinzipien, der *justification* der Rettungsfolter entgegenstehen.

Für viele andere Anhänger des Utilitarismus, vor allem die des Handlungsutilitarismus, ist dieses Ergebnis aber nicht überzeugend. Ihrer Meinung nach ist die Rettungsfolter zwar ein brutaler Eingriff in die Rechte des gefolterten Täters. Aber es wäre noch brutaler und moralisch viel schuldhafter, wenn man die Rettungsfolter verbieten und die Unschuldigen sterben lassen würde. Der Schrecken der Folter könne somit durchaus von ihrem Nutzen überwogen werden, wenn sie das einzige Mittel zur Rettung des Lebens darstellt. Ob die Rechtsprechung in den USA auch diese Schlussfolgerung ziehen würde, ist allerdings unklar. Die rein utilitaristische Begründung der *defense of necessity* in der Literatur ist eigentlich mit der Praxis nicht zu vereinbaren. So genügt etwa ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses in den USA häufig nicht für das Vorliegen einer *defense of necessity*. In einigen Bundesstaaten ist ähnlich wie in Deutschland geregelt, dass das geschützte Interesse das verletzte wesentlich überwiegen muss. In diesen Bundesstaaten ist es fraglich, ob die Rechtsprechung trotz der heftigen Folterdebatte davon ausgehen würde, dass im Rettungsfolterfall ein deutliches oder sogar ein graduell gesteigertes Interessenübergewicht vorliegt. Auch die Bundesgerichte sind mit der Anwendung der *defense of necessity* äußerst zurückhaltend, sodass eine *justification* der Rettungsfolter durch die *defense of necessity* auf Bundesebene eher unwahrscheinlich wäre.

II. Zwei wesentliche Unterschiede

Der zusammenfassende Vergleich zeigt, dass zwei wesentliche Unterschiede zwischen der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsordnung bestehen, die das Ergebnis der rechtlichen Bewertung der Rettungsfolter beeinflussen. Der eine betrifft die Menschenwürdegarantie, der andere die Völkerrechtsfreundlichkeit. Die beiden Unterschiede kommen vor allem im Verfassungsrecht zum Vorschein, strahlen aber auch auf die gesamte Rechtsordnung der beiden Länder aus.

In Deutschland spricht die Menschenwürdegarantie mit Rücksicht auf die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung stark gegen die Rechtfertigung der Rettungsfolter. Da in Deutschland die Menschenwürde als der oberste Verfassungswert hervorgehoben ist, lässt sich eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter, die gerade in die Menschenwürde des gefolterten Täters eingreift, nur schwierig begründen. Selbst wenn man abweichend von der h.M. von der Abwägungsoffenheit der Menschenwürdegarantie ausgeht, kommt höchstens eine Einschränkung der Würde des gefolterten Täters durch die Würde des Opfers in Betracht, weil die Menschenwürde sogar dem Recht auf Leben im Rang vorgeht. Aber gerade bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ steht das absolute Folterverbot im Völkerrecht, das sich aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung in der deutschen Rechtsordnung auswirkt, der Vorrangigkeit der Würde

des Opfers entgegen. Angesichts der klaren Entscheidungen des EGMR, die ausdrücklich vom absoluten Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgehen und die bei der Auslegung des deutschen Grundgesetzes zu berücksichtigen sind, kann die Gegenansicht nicht überzeugen. Dieses Ergebnis auf der Ebene des Verfassungsrechts, dass die Rettungsfolter eine Verletzung der Menschenwürde des gefolterten Täters darstellt, schlägt in Deutschland auf die einfache Rechtsordnung durch. So wird die Rettungsfolter nicht nur in den Polizeigesetzen absolut verboten, sie kann auch nicht strafrechtlich gerechtfertigt werden. Denn sowohl das Notwehr- als auch das Notstandsrecht finden ihre Grenze an der Menschenwürde des Betroffenen. Wegen der Verletzung der Menschenwürde kann die Rettungsfolter weder eine gebotene Notwehrhandlung noch eine angemessene Notstandshandlung darstellen.

In den USA kommt der Menschenwürde im Verfassungsrecht keine so herausragende Bedeutung zu wie in Deutschland. Die Menschenwürdegarantie wird zwar als Verfassungswert anerkannt, spielt aber im Prinzip eher nur eine Nebenrolle. Bei den Interessenabwägungen in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, durch die die Schutzbereiche bestimmter Amendments im Einzelfall festzustellen sind, wird das Interesse am Schutz der Menschenwürde häufig von anderen berechtigten Interessen der Regierung überwogen. Daher ist in den USA ein absolutes verfassungsrechtliches Verbot der Rettungsfolter, durch die insbesondere in extremen Fällen wichtige legitime Interessen geschützt werden können, nicht ohne Weiteres anzunehmen. Angesichts der Tatsache, dass die Vorschriften in der UN-Antifolterkonvention und dem IPbPR, nach denen Folter absolut verboten ist, bereits vom US-Senat als nicht *self-executing* erklärt worden sind, lässt sich in den USA das Verbot der Rettungsfolter auch nicht mit den völkerrechtlichen Bestimmungen begründen. Diese verfassungsrechtliche Rechtslage hat nicht nur zur Folge, dass eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis zur Rettungsfolter nicht auszuschließen ist. Es kann auch eine strafrechtliche *justification* der Rettungsfolter schon deshalb möglich sein, weil eine polizeiliche Maßnahme, die nicht gegen die Verfassung verstößt und daher im Polizeirecht erlaubt ist, auch im Strafrecht gerechtfertigt (*justified*) wird. Die beiden Unterschiede zeigen sich noch deutlicher bei der Prüfung der *defense of necessity*. Da das völkerrechtliche Folterverbot in den USA nicht *self-executing* ist, scheidet die Anwendbarkeit der *defense of necessity* nicht schon wegen einer spezifischen Wertentscheidung des Gesetzgebers für das unbedingte Verbot der Folter aus. Bei der Interessenabwägung im Rettungsfolterfall haben zwar zahlreiche Autoren das besondere Übel der Folter, zu dem in erster Linie die Verletzung der Menschenwürde zählt, mitberücksichtigt. Aber nur wenige von ihnen wollen die Menschenwürdegarantie verabsolutieren oder so sehr stärken, dass durch die Rettungsfolter keinesfalls überwiegendes Interesse geschützt werden kann. Aus diesen Gründen ist eine *justification* der Rettungsfolter im US-amerikanischen Strafrecht zumindest dogmatisch vertretbar.

III. Mögliche Gründe für die Unterschiede

Die Gründe für die beiden wesentlichen Unterschiede zwischen Deutschland und den USA lassen sich nur vermuten. Nicht außer Acht gelassen werden dürfte der historische Aspekt: Wegen der bitteren Erfahrungen aus der NS-Zeit sind heute die deutschen Juristen wachsam gegenüber staatlichen Maßnahmen, die in die Menschenwürde des Betroffenen eingreifen. Ein anderer Grund besteht wohl darin, dass in der US-amerikanischen Rechtsordnung der Utilitarismus mehr ins Gewicht fällt als in Deutschland.

Nach utilitaristischem Denken ist eine Handlung oder Handlungsregel moralisch richtig, wenn sie nach einem Kosten-Nutzen-Kalkül die beste Wahl für die Maximierung des gesamten Nutzens bzw. der Interessen aller Betroffenen darstellt. Der utilitaristische Imperativ lautet deshalb:

„Handle so, dass die Folgen deiner Handlung bzw. Handlungsregel für das Wohlergehen aller Betroffenen optimal sind.“⁴⁶

Im Vergleich zur Idee der strengen negativen Freiheit legt der Utilitarismus mehr Wert auf die Interessen der Gesellschaft und Öffentlichkeit. Dementsprechend wird der Schutz der Rechte des Einzelnen auch nur als Mittel zur Maximierung des Nutzens für die Gesamtheit betrachtet. Aus diesem Grund besitzt jede einzelne Person aus utilitaristischer Sicht auch kein unantastbares Naturrecht; selbst ihr Leben stellt nur einen der abzuwägenden Faktoren in der utilitaristischen Kalkulation dar, ihm wird daher keine „Heiligkeit“ oder Unantastbarkeit zuerkannt.⁴⁷ Im Extremfall darf sogar ein Unschuldiger im Interesse des sozialen Wohlergehens getötet werden.⁴⁸ Es ist also durchaus möglich und gerecht, die Rechte einer einzelnen Person oder mehrerer Personen zur Gewährleistung der schwerer wiegenden Interessen anderer zu opfern.⁴⁹ Nach einer Interpretationsart dürfte *Benthams* Formulierung, dass die Gesellschaft einen fiktiven Körper darstelle und die Einzelpersonen Glieder des Körpers seien,⁵⁰ sogar implizit darauf hindeuten, dass die Einzelpersonen wie Glieder eines Körpers keine eigenen Interessen hätten, weil allein der „Körper“ als ganzer, nämlich die Gesellschaft, Interessen tragen könne. Die Interessen der Einzelpersonen seien also nur Interessen der Gesellschaft.⁵¹

Einen solch extremen Standpunkt, der wohl zu einer völligen Entsubjektivierung oder Negierung individueller Interessen bzw. Rechte führen würde, vertreten frei-

⁴⁶ Vgl. *Höffe*, Einführung, S. 11; *Meißner*, Interessenabwägungsformel, S. 108.

⁴⁷ Vgl. *Picker*, FG für Flume, S. 198.

⁴⁸ So ausdrücklich *Höffe*, Einführung, S. 45.

⁴⁹ Vgl. *Rawls*, Justice, S. 26: “Thus there is no reason in principle why the greater gains of some should not compensate for the lesser losses of others; or more importantly, why the violation of the liberty of a few might not be made right by the greater good shared by many.”

⁵⁰ Vgl. *Bentham*, Introduction I, S. 4: “The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members.”

⁵¹ Vgl. *Hruschka*, Strafrecht, S. 112; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 48.

lich selbst die (anderen) Utilitaristen nicht.⁵² Schon *Mill* hat z.B. anerkannt, dass die Freiheit der Einzelperson nur zu dem Zweck, Schaden für andere zu verhüten, eingeschränkt werden darf.⁵³ Am Universalitäts- und am Substitutionsprinzip, die beide am Gemeinwohl orientierte Abwägung und Aufrechnung der individuellen Rechte verschiedener Personen fordern, halten jedoch ebenfalls die Vertreter des modernen Utilitarismus fest. Ein Beispiel: Nach der Konzeption des „Präferenzutilitarismus“, der als die „bei weitem bedeutendste heutige Variante des Utilitarismus“⁵⁴ gilt, ist der Begriff „Nutzen“ nicht wie beim klassischen Utilitarismus durch subjektive Befindlichkeiten (z.B. Glück, Wohlbefinden und Zufriedenheit usw.), sondern durch die objektive Erfüllung der Wünsche und des Strebens definiert, die ein Individuum in seinem Verhalten oder in seinen Äußerungen manifestiert.⁵⁵ Demzufolge bedeutet die Maximierung des Gesamtnutzens nichts anderes, als ein Höchstmaß an Interessenbefriedigung bzw. Präferenz Erfüllung aller Einzelpersonen (oder aller Wesen) zu verwirklichen. Zwar lässt sich eine Präferenz immer nur nach dem Wunsch einer Einzelperson bestimmen, weshalb sich auch hier die individuellen Wertvorstellungen niederschlagen. Zu berücksichtigen sind aber nicht nur die Interessen bzw. Präferenzen eines Einzelnen, sondern die aller Betroffenen. Jedes Interesse wird somit unabhängig von seinem Träger, nämlich unparteiisch abgewogen: „Interesse ist Interesse, wessen Interesse es auch immer sein mag.“⁵⁶ Bei dieser Betrachtungsweise wird auch beim Präferenzutilitarismus – genauso wie beim klassischen Utilitarismus – kaum berücksichtigt, dass Individuen eigenständige Rechte haben können, die auch durch eine allgemeine Nutzenmaximierung nicht verletzt werden dürfen.⁵⁷ So hat etwa *Singer* als einer der bekanntesten Vertreter des Präferenzutilitarismus zwar „das Prinzip des Respekts vor der Autonomie“⁵⁸ betont, am Ende jedoch z.B. die Schlussfolgerung gezogen, dass ein als Bluter geborenes Kind getötet werden dürfe, damit die Belastung der Eltern vermieden werde und diese dadurch ein weiteres gesundes Kind mit besseren Aussichten auf ein glückliches Leben bekommen könnten. Denn hier sei die Gesamtsumme des Glücks trotz der Tötung des ersten missgebildeten Kindes größer; der Verlust eines glücklichen Lebens für das erste Kind werde also durch den Gewinn eines glücklicheren Lebens für das zweite aufgewogen.⁵⁹

⁵² Vgl. *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Zustand des Strafrechts, S. 188. Insofern hat auch *Meißner*, Interessenabwägungsformel, S. 109 Fn. 216 zu Recht darauf hingewiesen: „Das Bild vom Staat bzw. der Rechtsordnung als Körper oder Organismus ist [...] keineswegs [...] eine typisch utilitaristische Metapher.“

⁵³ Vgl. *Mill*, Liberty, S. 21 f.

⁵⁴ Vgl. *Kliemt*, in: Höffe (Hrsg.), Gerechtigkeit, S. 105.

⁵⁵ Vgl. *Birnbacher*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Ethik, S. 101.

⁵⁶ Vgl. *Singer*, Ethics, S. 21 f.: “an interest is an interest, whoever’s interest it may be.” Deutsche Übersetzung zitiert aus *ders.*, Ethik, S. 33.

⁵⁷ Vgl. *Huber*, Kritik, S. 47.

⁵⁸ Vgl. *Singer*, Ethics, S. 195.

⁵⁹ Vgl. ebenda, S. 185 f.

Nach der utilitaristischen Betrachtungsweise kann also kein absolutes, unveräußerliches Individualrecht existieren. Wohl aus diesem Grund werden im US-amerikanischen Verfassungsrecht die Schutzbereiche der Amendments fast immer erst durch eine Abwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und den widerstrebenden Interessen des Staates festgestellt. Eine absolute Menschenwürdegarantie lässt sich in der Verfassung nicht durchsetzen. Auch das absolute Folterverbot im Völkerrecht scheint nach utilitaristischem Denken zweifelhaft. Vor diesem Hintergrund können einer *justification* der Rettungsfolter in den USA nur die regelutilitaristischen Argumente entgegenstehen, die die Gefahr eines *slippery slope* und die mittelbaren negativen Auswirkungen der Rettungsfolter in den Mittelpunkt rücken. Allerdings haben diese Argumente auch aus utilitaristischer Sicht häufig wenig Überzeugungskraft. So wird z.B. in Deutschland gegen die Rechtfertigung der Rettungsfolter argumentiert, dass sonst bei der Polizei eine Ausbildung zum Folterspezialisten vorzusehen wäre und effektive Foltermethoden entwickelt werden müssten: Ein Bild, das sich für deutsche Juristen nicht einmal vorstellen lässt. Für einige Utilitaristen in den USA ist dieses Bild aber gar nicht so schrecklich. Sie vertreten zum Teil sogar die Ansicht, dass die Polizeibeamten für die effektive Ausübung der Rettungsfolter bzw. der Zwangsvernehmung (*coercive interrogation*) trainiert werden sollten und ein Apparat von speziell geschulten Folterern aufgebaut werden müsste, weil dadurch der Nutzen der Zwangsvernehmung erhöht werden könne.⁶⁰

Anders als in den USA hat das utilitaristische Denken weniger Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung. Nach einem Teil der Literatur lässt sich das utilitaristische Denken, das alle aner kennenswerten Interessen kollektiviert bzw. „vergemeinschaftet“ und auf deren Maximierung abzielt, schon nicht mit der deutschen freiheitlichen Rechtsordnung vereinbaren. Denn nach deutschem Verständnis soll die Rechtsordnung eine Gerechtigkeitsordnung sein,⁶¹ die durch Individualisierung und Trennung der Freiheitssphären der Einzelpersonen gekennzeichnet wird⁶² und in der der Schutz individueller Freiheit und Interessen im Mittelpunkt steht. So vermag sich etwa die rein utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands in Deutschland nicht durchzusetzen. Auch die Menschenwürdegarantie, die nach h.M. in Deutschland keinesfalls zu relativieren ist, stützt sich nicht auf utilitaristisches Kosten-Nutzen-Kalkül, sondern vor allem auf die kantische, deontologische Ethik.⁶³

⁶⁰ Vgl. *Posner/Vermeule*, 104 Mich. L. Rev. 671, 685, 702 (2006).

⁶¹ Vgl. nur *Renzikowski*, Notstand, S. 241. Seine weitere Ausführung, dass die Rechtsordnung keine Versicherungsordnung sein dürfe, stimmt jedoch nicht pauschal zu.

⁶² Vgl. so bereits *Neubecker*, Zwang und Notstand, S. 318: „Die Rechtsordnung [...] hat die Ordnung des sozialen Lebens zu sein und die Sphären der Menschen abzugrenzen, zu bestimmen, was sie tun und lassen sollen.“

⁶³ Vgl. *Hufen*, JuS 2010, 1.

IV. Abschließende Bewertung

Am Ende der Untersuchung ist schließlich die Frage zu beantworten, ob die Rettungsfolter ggf. strafrechtlich gerechtfertigt werden kann. Da es sich im Rettungsfolterfall um eine sogenannte *tragic choice*-Konstellation handelt, in der zumindest zwei unterschiedliche Werte in eine Kollisionslage geraten, die ohne Antastung des Kernbereichs zumindest eines der zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Prinzipien nicht gelöst werden kann,⁶⁴ fällt hier die Stellungnahme nicht leicht. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Argumente für und gegen die Rettungsfolter sowohl in Deutschland als auch in den USA ist m.E. eine strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter auszuschließen. Daran soll sich selbst in extremen Fällen, wie etwa der *ticking time bomb*-Situation, nichts ändern.

A. Rettungsfolter als Würdeverletzung

Zwar herrscht heute immer noch Uneinigkeit über den exakten Umfang des Schutzbereichs der Menschenwürde. Da aber seit der Aufklärung der Kern der Menschenwürde in der Autonomie und der Selbstbestimmung des Menschen liegt,⁶⁵ die Würde des Menschen also gerade in seiner Fähigkeit begründet ist, einen freien Willen zu haben und sich durch Willensentschlüsse zu einer Handlung zu bestimmen,⁶⁶ soll jedenfalls der Kernbereich der Selbstbestimmung unter den Schutzbereich der Menschenwürde fallen. Die Rettungsfolter, die genauso wie die anderen Formen der Folter darauf abzielt, den Willen des Gefolterten zu brechen, ihn zu tyrannisieren und zu beherrschen und ihn nötigt, gegen sich selbst zu kämpfen, stellt somit jedenfalls einen Eingriff in die Würde des gefolterten Täters dar. Die von der h.M. in Deutschland befürwortete Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde scheint zwar zweifelhaft. In der Tat lassen sich auch in der deutschen Rechtsprechung verdeckte Abwägungen der widerstreitenden Interessen bei der Feststellung des Schutzbereichs der Menschenwürde beobachten. Allerdings soll die h.M. in Deutschland jedenfalls insoweit Zustimmung verdienen, als sie die Menschenwürde als tragendes Konstitutionsprinzip und obersten Verfassungswert besonders hervorhebt, sodass ihr selbst im Konflikt mit dem Recht auf Leben Vorrang gewährt werden soll.

Aus diesem Grund lässt sich eine Rechtfertigung der Rettungsfolter nicht durch den Vergleich mit dem polizeilichen finalen Rettungsschuss begründen: Die Tatsache, dass das Recht des Angreifers auf Leben im Fall des finalen Rettungsschusses eingeschränkt werden darf, bedeutet nicht, dass die Menschenwürdegarantie,

⁶⁴ Vgl. *Jahn*, Staatsnotstand, S. 214.

⁶⁵ Vgl. *Hufen*, JuS 2010, 3 f.

⁶⁶ Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde, S. 233.

die im Rangverhältnis dem Lebensschutz vorgeht, im Rettungsfolterfall nicht mehr gilt. Zudem fehlt es beim finalen Rettungsschuss gerade an einem Eingriff in die Würde des Angreifers. Zwar wird der Angreifer durch den Rettungsschuss in gewissem Sinne gezwungen, eine Straftat zu unterlassen. Dadurch wird aber nur die äußere Freiheitssphäre des Angreifers eingeschränkt. Anders als die Rettungsfolter nötigt der Rettungsschuss den Angreifer nicht, gegen sich selbst zu kämpfen: Während die Rettungsfolter durch Ausnutzung des Instinkts des Gefolterten, sich körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden zu entziehen, seinen Körper zum Feind gegen ihn selbst pervertiert und dadurch seine persönliche Identität zerstört, liegt ein solcher Eingriff in das Innerste des Angreifers beim Rettungsschuss gerade nicht vor.

Die in der deutschen Literatur zum Teil vertretene These, die Rettungsfolter sei aufgrund einer Würdekollision zu rechtfertigen, erweist sich auch als nicht stichhaltig. Selbst wenn man von der Gleichrangigkeit der staatlichen Achtungs- und Schutzpflicht bezüglich der Menschenwürde ausgehen und daher eine Pflichtenkollision im Rettungsfolterfall annehmen dürfte, sprechen m.E. bessere Gründe dafür, diese Würdekollision zugunsten der Achtungspflicht bzw. des gefolterten Täters zu lösen. Denn Folter wird vom Begriff her durch die Zufügung großer körperlicher oder seelischer Schmerzen und Leiden gekennzeichnet, weshalb sie in jeder Form zu den gravierendsten Eingriffen in die Menschenwürde zählt. Somit kann der mit der Rettungsfolter verbundene Eingriff in die Menschenwürde des gefolterten Täters schon kaum als weniger intensiv bewertet werden als die drohende Würdeverletzung seitens seines Opfers.

Zudem stellt das völkerrechtliche Folterverbot in der deutschen Rechtsordnung aufgrund des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ein entscheidendes Argument für den Vorrang der Achtungspflicht in der Würdekollision dar. Sowohl in Deutschland als auch in den USA geht die h.M. zu Recht davon aus, dass das Folterverbot im Völkerrecht keine Ausnahme zulässt und als zwingendes Völkergewohnheitsrecht gilt. Da ein Völkergewohnheitsrecht nach Art. 53 Satz 2 WVRK nur durch eine nachfolgende Norm des allgemeinen Völkerrechts mit demselben Charakter abgeändert werden kann und die Rettungsfolter aber keinesfalls *ius cogens*-Charakter besitzt, ist eine Relativierung des völkerrechtlichen Folterverbots im Rettungsfolterfall ausgeschlossen. Dieses Ergebnis ist zuletzt auch durch die Entscheidungen des EGMR zum „Daschner-Fall“ bestätigt worden. Die völkerrechtliche Rechtslage ist in Deutschland bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen, weshalb in der Würdekollision nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Staat zur Erfüllung seiner Schutzpflicht foltern darf.

Bei der Abwägung „Würde gegen Würde“ sollen aber nicht nur die unmittelbar gegeneinanderstehenden Interessen des Täters und seines Opfers berücksichtigt werden. Auf die Waagschale zu legen sind darüber hinaus die mittelbaren negativen Auswirkungen der Rettungsfolter. Hierunter fällt m.E. vor allem die Gefahr eines Dammbrochs bzw. die Missbrauchsgefahr. Sowohl in Deutschland als auch

in den USA haben zahlreiche Autoren zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Tendenz zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Rettungsfolter nicht vermeiden lässt, gleichgültig, wie man sich bemüht, ihn auf die extremen, besonders engen Situationen zu beschränken. Denn solange die Rettungsfolter in den präzise definierten Situationen erlaubt ist, werden immer einige Amtsträger versuchen, die Außengrenze dieser Regel herauszufinden. So stellt jede Erlaubnis der Rettungsfolter in einem Einzelfall den Ausgangspunkt der Argumentation für ihren Einsatz in den anderen Situationen dar, die mit diesem Fall vergleichbar sind oder in denen es nur relativ an Dringlichkeit fehlt.

Die Missbrauchsgefahr der Rettungsfolter ist umso mehr zu befürchten, wenn man sich die Tatsache vor Augen führt, dass in einem realen Rettungsfolterfall kaum vorher sicher festgestellt werden kann, dass der Gefolterte wirklich die rettenden Informationen hat, und dass die Folter im Prinzip unter Ausschluss der Öffentlichkeit vorgenommen wird. Da die beiden Faktoren beim Rettungsschuss nicht vorliegen, bei dem eine eindeutige Tätersituation gegeben ist und der in der Regel nicht hinter verschlossenen Türen durchgeführt werden kann, darf der Missbrauchsgefahr der Rettungsfolter nicht entgegengehalten werden, dass der finale Rettungsschuss trotz der gesetzlichen Legitimation kaum Missbrauch verursacht. In der Tat haben auch die Erfahrungen Israels und der USA bereits gezeigt, dass die Missbrauchsgefahr der Rettungsfolter nicht von der Hand zu weisen ist: Die sogenannten harten Vernehmungen, die ursprünglich nur in einer *ticking time bomb*-Situation oder zur Terrorismusbekämpfung erlaubt werden sollten, können in der Praxis kaum in Grenzen gehalten werden.

Mit diesem Aspekt eng verbunden ist die Tatsache, dass die Rettungsfolter nicht nur die Identität des Gefolterten, sondern auch die des Folterers zerstört. Das „Stanford-Gefängnis-Experiment“ aus dem Jahr 1971 zeigt, dass die Misshandlungen anderer die Misshandelnden ebenfalls brutalisieren können. Durch die Rettungsfolter wird also auch der folternde Polizeibeamte unmenschlich. Diese Deformation der Persönlichkeit stellt freilich vor allem eine Verletzung der Würde des Polizeibeamten dar. Dadurch wird aber auch die Missbrauchsgefahr der Rettungsfolter erhöht.

Gegen den Vorrang der Schutzpflicht in der Würdekollision spricht schließlich, dass sich die Rettungsfolter bzw. eine staatliche Folterpflicht mit der Idee des Rechtsstaats nicht vereinbaren lässt. Folter ist grausam. Sie terrorisiert den Gefolterten, bricht seinen Willen, zeigt die Überlegenheit des Folternden und stellt daher einen Mikrokosmos einer tyrannisch geprägten politischen Beziehung dar. Aus diesem Grund kann Folter, wenn auch mit Rettungsabsicht, nicht mit der freiheitlichen Rechtsordnung im Einklang stehen. Denn das Recht hat zwar Zwangscharakter, es funktioniert aber nicht durch jämmerliche Furcht oder bestialischen Terror, auch nicht durch barbarische Willensbrechung. Freiheitliches Recht und Brutalität schließen einander aus. Folter läuft dem freiheitlichen Recht und mithin dem Rechtsstaat zuwider. Ein Rechtsstaat kann sich vielmehr nur dadurch rechtfertigen

tigen, dass er den freien Willen der Bürger ernst nimmt und respektiert. Folter, die gerade den Willen der Bürger zerstört, unterminiert daher die Bedingungen der legitimen staatlichen Machtausübung und gefährdet auch die Basis der legitimen Existenz des Rechtsstaates. Zu Recht wird daher in der deutschen und US-amerikanischen Literatur darauf hingewiesen, dass das absolute Folterverbot für die freiheitliche Demokratie von zentraler Bedeutung ist. Eine staatliche Folterpflicht, selbst zum Schutz der Würde des Opfers, ist mit einem Rechtsstaat nicht zu vereinbaren.

Da der Eingriff durch die Rettungsfolter in die Menschenwürde des gefolterten Täters weder durch das Recht seines Opfers auf Leben noch durch seine Würde rechtfertigen ist, stellt die Rettungsfolter schließlich eine Verletzung der Menschenwürde dar und soll daher verfassungsrechtlich verboten werden. Dieses Ergebnis ist freilich in den USA weniger klar. Denn der Menschenwürde wird im US-amerikanischen Verfassungsrecht keine so besondere Bedeutung wie in Deutschland zugemessen. Insbesondere ist die Menschenwürdegarantie in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court häufig nur eine rhetorische Floskel und tritt in den Interessenabwägungen, durch die die Schutzbereiche verschiedener Amendments im Einzelfall festgestellt werden, prinzipiell hinter die staatlichen Interessen, vor allem die öffentliche Sicherheit zurück. Zudem findet auch das absolute Folterverbot im Völkerrecht vor den Bundesgerichten der USA keine direkte Anwendung, weil die betreffenden Vorschriften sowohl in der UN-Antifolterkonvention als auch im IPbpR vom US-Senat ausdrücklich als nicht *self-executing* erklärt worden sind. Diese Rechtslage in den USA ist aber unbefriedigend. Nach dem Zweiten Weltkrieg stellt die Menschenwürde sozusagen den wichtigsten, weltweit anerkannten Wert nicht nur im moralischen und politischen Denken, sondern auch in der Rechtslehre dar. In der Präambel der UN-Charta ist die Rede vom „Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Person“. Nach der Präambel der AEMR (Allgemeine Erklärung der Menschenrechte) stellt die Anerkennung der angeborenen Würde aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt dar. In der Präambel des IPbpR ist sogar vorgesehen, dass die Menschenrechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herzuleiten sind. Angesichts der weltweiten Tendenz, dass die Menschenwürde immer mehr an Gewicht gewinnt und als Grundlage der Menschenrechte angesehen wird, ist es besonders bedauerlich, dass die USA als eines der wichtigsten Mitglieder der Staatengemeinschaft heute noch sehr zurückhaltend damit sind, die Menschenwürde in den Mittelpunkt der Verfassung zu rücken und den völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Menschenwürde, wie etwa dem absoluten Folterverbot, innerstaatliche Wirkung zu verleihen.

B. Keine strafrechtliche Rechtfertigung

Die h.M. in Deutschland und den USA geht zu Recht davon aus, dass sich auch Hoheitsträger auf die strafrechtliche Rechtfertigung berufen dürfen. Eine strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter ist auch nicht schon deshalb auszuschließen, weil die Rettungsfolter – wie in beiden Ländern zum Teil vertreten wird – kein geeignetes Mittel zur Vermeidung der drohenden Schäden darstelle. Denn wie in Deutschland durch den „Daschner-Fall“ und in den USA durch den „Leon-Fall“ bewiesen wurde, können unter Umständen die rettenden Informationen tatsächlich durch Folter erpresst werden. Aus der Wirksamkeit der Rettungsfolter folgt freilich nicht ohne Weiteres ihre rechtliche Zulässigkeit. Der Befund im Verfassungsrecht, dass die Rettungsfolter die Menschenwürde des gefolterten Täters verletzt, soll sich auch auf die strafrechtliche Rechtfertigung der Rettungsfolter auswirken. Ihrer besonderen Stellung im Grundgesetz entsprechend wird die Menschenwürde in Deutschland als eine absolute Schranke für das Notwehr- und Notstandsrecht betrachtet. In Bezug auf die Notwehr knüpft die h.M. zu Recht die Menschenwürdegarantie an das Rechtsbewährungsprinzip, das neben dem Prinzip des Individualschutzes das Notwehrrecht mitbestimmt. Denn eine Verteidigungshandlung, die gegen die Menschenwürde als oberstem Verfassungswert verstößt, bewährt die Rechtsordnung gerade nicht. Ähnliches gilt beim rechtfertigenden Notstand. Schon bei der Interessenabwägung ist angesichts der hervorragenden Bedeutung der Menschenwürde nicht davon auszugehen, dass durch die Rettungsfolter wesentlich überwiegendes Interesse geschützt wird. Jedenfalls scheitert eine Rechtfertigung der Rettungsfolter an der Angemessenheitsklausel in § 34 Satz 2 StGB. Denn sie stellt wegen der Verletzung der Menschenwürde auch keine angemessene Lösung der Konfliktlage dar, die mit den fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft sowie den obersten Prinzipien der Rechtsordnung vereinbar ist.

Der in der US-amerikanischen Literatur verbreiteten Ansicht, nach der die Rettungsfolter ein überwiegendes Interesse schütze und daher die Voraussetzungen der *defense of necessity* erfülle, ist m.E. nicht zu folgen. Diese Ansicht stützt sich auf das rein utilitaristische Verständnis der *defense of necessity* bzw. des rechtfertigenden Notstands, das an sich schon zweifelhaft ist. Dagegen kann vor allem eingewendet werden, dass der Utilitarismus – genauso wie Rawls argumentiert hat – „die Verschiedenheit der einzelnen Menschen nicht ernst“ nimmt.⁶⁷ Zwar trifft die in der deutschen juristischen Literatur verbreitete Kritik, dass es dem Utilitarismus nicht auf die Verteilung des Nutzens ankomme,⁶⁸ nicht pauschal zu. Denn wenn man das „Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen“ mitberücksichtigt, spielt die Verteilung des Nutzens in der modernen utilitaristischen Idee auch eine bestimmte

⁶⁷ Vgl. Rawls, Justice, S. 27: „Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons.“

⁶⁸ Vgl. z.B. Ellscheid, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung, S. 178.

Rolle.⁶⁹ Aber von der utilitaristischen Logik der Gemeinwohlorientierung her werden die Interessen jeder Person schließlich nur in gleicher Weise als ein ersetzbarer „Summand“ zur Ermittlung der Nutzensumme angesehen. Alle Einzelpersonen werden somit abstrakt unparteiisch behandelt, ihre Interessen können getrennt vom Träger miteinander abgewogen, verrechnet und addiert werden. Spezifisch in Bezug auf die *defense of necessity* bzw. den Notstand bedeutet das: Das Verrechnungsprinzip schreibt die Einstellung der kollidierenden Interessen in ein einziges Konto vor; für das Kosten-Nutzen-Kalkül maßgeblich ist allein die „höhere Warte“ einer Gesamtbetrachtung, die im Prinzip keine Rücksicht darauf nimmt, um welche Interessen es sich jeweils handelt.⁷⁰

Gerade diese transsubjektive Interessenverrechnung vernachlässigt die Eigenständigkeit des Individuums⁷¹ und hebt die Grenze zwischen den freiheitlichen Rechten verschiedener Personen auf.⁷² Dadurch wird ignoriert, dass es bei der *defense of necessity* bzw. dem Notstand nicht um einen Interessenausgleich innerhalb der Freiheitssphäre einer Einzelperson geht, den sie autonom entscheiden kann, sondern um einen solchen zwischen zwei besonderen Freiheitssphären der jeweiligen Personen.⁷³ Dementsprechend schließt die utilitaristische Begründung zu Unrecht von den „individuellen“ auf die „sozialen Gesamtinteressen“ und übersieht damit den mit der Rechtsgutsverletzung verbundenen Eingriff in fremde Autonomie.⁷⁴ Diese mangelnde Beachtung der Eigenständigkeit der Einzelpersonen ist in der freiheitlichen Rechtsordnung mit individualistischem Grundzug besonders problematisch. Denn in einer solchen Rechtsordnung sollen die Rechte einer Einzelperson innerhalb ihrer Freiheitssphäre selbst dann nicht beschränkt werden dürfen, wenn ihren Interessen ein unverhältnismäßig großes Interesse eines anderen gegenübersteht.⁷⁵

⁶⁹ Ein einfaches Beispiel: Wenn man zehn Brotscheiben unter zwei gleich Hungrigen zu verteilen hat, ist es auch nach der utilitaristischen Verteilungstheorie nicht gleichgültig, ob man einem Hungrigen alle Brotscheiben oder jedem Hungrigen fünf Scheiben gibt. In der ersten Alternative stiftet der Genuss der ersten Scheibe zwar einen sehr hohen Nutzen bei dem Hungrigen, der alle Brotscheiben bekommen hat, der Genuss der zweiten schon einen etwas geringeren. Die dritte und vierte Scheibe bringen ihm noch weniger zusätzlichen Nutzen. Die fünfte Scheibe verursacht bei ihm Völlegefühl. Jede weitere zusätzliche Brotscheibe wird ihm kaum noch Nutzen bringen, schließlich bereitet ihm spätestens der Genuss der zehnten Brotscheibe wohl nur Übelkeit. Deswegen ist der Gesamtnutzen aus der ersten Alternative wesentlich weniger als der aus der zweiten, weshalb auch die heutigen Utilitaristen die zweite Alternative bevorzugen.

⁷⁰ Vgl. *Hruschka*, Strafrecht, S. 113; *ders.*, JR 1979, 126.

⁷¹ Vgl. *Renzikowski*, Notstand, S. 205.

⁷² Vgl. *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Zustand des Strafrechts, S. 189.

⁷³ Vgl. *Pawlik*, Notstand, S. 40; *Renzikowski*, Notstand, S. 42, 204; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 50.

⁷⁴ Vgl. *Küper*, JuS 1987, 87.

⁷⁵ So auch bereits v. *Weber*, Notstandsproblem, S. 111.

„Jeder Mensch besitzt eine aus der Gerechtigkeit entspringende Unverletzlichkeit, die auch im Namen des Wohles der ganzen Gesellschaft nicht aufgehoben werden kann.“⁷⁶

Es ist somit begrüßenswert, dass in den USA sowohl die Gesetzgebungspraxis in vielen Bundesstaaten als auch die Rechtsprechung der Bundesgerichte der rein utilitaristischen Begründung der *defense of necessity* nicht folgen und die Anwendbarkeit dieser *defense* in vielerlei Hinsicht weiter einzuschränken versuchen.

Nach verschiedenen Umfragen halten ca. zwei Drittel der Bevölkerung in Deutschland das Verhalten der Polizeibeamten im „Daschner-Fall“ für gerechtfertigt⁷⁷ oder zumindest für nicht strafbar.⁷⁸ In der Tat scheint das Ergebnis im ersten Augenblick dem Rechtsempfinden zu widersprechen, dass die Rettungsfolter selbst zum Schutz des Lebens vieler Menschen nicht gerechtfertigt werden kann. Nimmt man allerdings die Menschenwürdegarantie und das absolute Folterverbot im Völkerrecht ernst, liegt eine Rechtfertigung der Rettungsfolter im Rechtsstaat eher fern. Denn Folter, wenn auch mit Rettungsabsicht, untergräbt die fundamentale Würde, Autonomie und Freiheit der Bürger, welche den Grundstein des Rechtsstaates bilden, und ist somit nicht mit der freiheitlichen Rechtsordnung zu vereinbaren. Die Geschichte und Identität der freiheitlichen Demokratie sind gerade mit dem absoluten Verbot der Folter verbunden. Somit muss das Folterverbot, das zum Kernbestand der modernen Zivilisation gehört,⁷⁹ als erst unter großen Schwierigkeiten erzielter Konsens der Rechtsstaaten ohne Ausnahme bleiben. In Extremfällen muss der Staat zwar alles unternehmen, um die Rechtsgüter Unschuldiger zu retten, jedoch nicht das, was, wie z.B. die Folter, uns selbst unmenschlich macht. Genauso hat es das Oberste Gericht Israels zum Ausdruck gebracht hat:

„Es ist das Schicksal einer Demokratie, dass für sie nicht alle Mittel annehmbar sind, ihr nicht alle Methoden zur Verfügung stehen, deren sich ihre Feinde bedienen.“⁸⁰

⁷⁶ Rawls, Justice, S. 3.

⁷⁷ Vgl. Brunkhorst, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 89.

⁷⁸ Vgl. Kreuzer, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 47; Bertram, RuP 2006, 224; Düx, ZRP 2003, 180.

⁷⁹ Vgl. Reemtsma, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Folter, S. 73.

⁸⁰ HCJ 5100/94, § 39: “This is the destiny of democracy – it does not see all means are acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it.” Deutsche Übersetzung zitiert nach Kreuzer, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter, S. 44.

Literaturverzeichnis

- Adam, Christian*, Gefahrabwendungsfolter und Menschenwürde im Lichte des Unabwägbarkeitsdogmas des Art. 1 Abs. 1 GG. Frankfurt a.M. 2008.
- Albrecht, Peter-Alexis*, „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. ZStW 117 (2005), 852–864.
- Alexander, Larry*, Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification. 24 L. & Phil. 2005, 611–643.
- Deontology at the Threshold. 37 San Diego L. Rev. 2000, 893–912.
 - Unified Excuse of Preemptive Self-Protection. 4 Notre Dame L. Rev. 1999, 1475–1505.
- Alexander, Laurence A.*, Justification and Innocent Aggressors. 33 Wayne L. Rev. 1987, 1177–1189.
- Alvarez, José E.*, Torturing the Law. 37 Case W. Res. J. Int'l L. 2006, 175–223.
- Ambos, Kai*, May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents? 6 J. Int'l Crim. Just. 2008, 261–287.
- Ambos, Kai/Rackow, Peter*, Das Baguette des Terroristen. Jura 2006, 943–949.
- Amelung, Knut*, Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung. Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG. NJW 1995, 2584–2591.
- Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. II. Freiburg 1988, S. 1327–1391.
 - Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten. JuS 1986, 329–337.
 - Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, 833–840.
- American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries. Philadelphia 1985 (zit. MPC Komm.).
- Angell, Julie*, Ethics, Torture, and Marginal Memoranda at the DOJ Office of Legal Counsel. 18 Geo. J. Legal Ethics 2005, 557–569.
- Aponte, Luis Ernesto Chiesa*, Normative Gaps in the Criminal Law: A Reasons Theory of Wrongdoing. 10 New Crim. L. Rev. 2007, 102–141.
- Archangelskij, Alexander*, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges. Berlin 2005.
- Arnolds, Edward B./Garland, Norman F.*, The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil. 65 J. Crim. L. & Criminology 1974, 289–301.
- Aston, Jurij Daniel*, Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahme des Sicherheitsrats – Resolution 1373 (2001) im Kontext. ZaöRV 2002, 257–291.

- Austin, J.L.*, A Plea for Excuses. In: Michael Louis Corrado (ed.), *Justification and Excuse in the Criminal Law*. New York, London 1994. S. 3–30.
- Bacon, Francis*, *The Elements of the Common Lawes of England, Branched into a Double Tract*. London 1636.
- Bagaric, Mirko/Clarke, Julie*, Tortured Responses (A Reply to Our Critics): Physically Persuading Suspects Is Morally Preferable to Allowing the Innocent to Be Murdered. 40 U.S.F. L. Rev. 2006, 703–737.
- Not Enough Official Torture in the World? The Circumstances in Which Torture Is Morally Justifiable. 39 U.S.F. L. Rev. 2005, 581–616.
- Baker, John*, *The Oxford History of the Laws of England*, Bd. VI (1483–1558). New York 2003.
- Baldus, Manfred*, Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand. NVwZ 2006, 532–535.
- Streitkräfteinsatz für Gefahrenabwehr im Luftraum – Sind die neuen luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig? NVwZ 2004, 1278–1285.
- Bamberger, Heinz Georg/Moll, Dietmar*, „Folter im Rechtsstaat“. RuP 2007, 142–152.
- Barlow, Ann E.*, Self-Defense and Reckless Crimes Against Third Parties: Has New York Forgotten Innocent Bystanders? 22 Colum. J. L. & Soc. Probs. 1989, 417–443.
- Baron, Marica*, The Provocation Defense and the Nature of Justification. 43 U. Mich. J.L. Reform 2009, 117–142.
- Justifications and Excuses. 2 Ohio St. J. Crim. L. 2005, 387–406.
- Is Justification (Somehow) Prior to Excuse? A Reply to Douglas Husak. 24 L. & Phil. 2005, 595–609.
- Batey, Robert*, Judicial Exploitation of Mens Rea Confusion, at Common Law and Under the Model Penal Code. 18 Ga. St. U. L. Rev. 2001, 341–414.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. Aufl. Bielefeld 2003.
- Baumgarten, Arthur*, Notstand und Notwehr: Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht. Tübingen 1911.
- Baumgarten, Austin*, Medical Treatment Demands Medical Assessment: Substantive Due Process Rights in Involuntary Commitments. 45 U.C.D. L. Rev. 2011, 597–628.
- Bayertz, Kurt*, Begriff und Problem der Solidarität. In: Kurt Bayertz (Hrsg.), *Solidarität: Begriff und Problem*. Frankfurt a.M. 1998, S. 11–53.
- Baucamp, Guy*, §§ 32, 34 StGB als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen. JA 2003, 402–405.
- Beck'scher Online-Kommentar, StGB. Hrsg. Bernd von Heintschel-Heinegg. Stand: 1.12.2012 Edition 21 (zit. BeckOK-Bearbeiter).
- Bederman, David J.*, Medellín's New Paradigm for Treaty Interpretation. 102 Am. J. Int'l L. 2008, 529–540.

- Beestermöller, Gerhard*, Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 115–129.
- Bekerman, Omer Ze'ev*, Torture – The Absolute Prohibition of a Relative Term. 53 Am. J. Comp. L. 2005, 743–783.
- Belz, Reiner/Mußmann, Eike*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg: mit Erläuterungen und ergänzenden Vorschriften. 7. Aufl. Stuttgart 2009.
- Benner, Laurence A.*, Requiem for Miranda: The Rehnquist Court's Voluntariness Doctrine Historical Perspective. 67 Wash. U. L.Q. 1989, 59–163.
- Bentham, Jeremy*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. In Two Volumes. A new Edition, corrected by the Author. London 1823.
- A Fragment on Government: Or, A comment on the commentaries. 2. Aufl. London 1823.
- Bergelson, Vera*, Justification or Excuse? Exploring the Meaning of Provocation. 42 Tex. Tech L. Rev. 2009, 307–319.
- Rights, Wrongs, and Comparative Justifications. 28 Cardozo L. Rev. 2007, 2481–2503.
- Bergmann, Alfred*, Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB). JuS 1989, 109–111.
- Berman, Mitchell N./Farrell, Ian P.*, Provocation Manslaughter as partial Justification and partial Excuse. 52 Wm. & Mary L. Rev. 2011, 1027–1109.
- Berman, Mitchell N.*, Lesser Evils and Justification: A Less Close Look. 24 L. & Phil. 2005, 681–709.
- Justification and Excuse, Law and Morality. 53 Duke L.J. 2003, 1–77.
- Berner, Albert Friedrich*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes. 17. Aufl. Leipzig 1895.
- Berner, Georg/Köhler, Michael*, Polizeiaufgabengesetz. Handkommentar. 19. Aufl. Heidelberg 2008.
- Bernsmann, Klaus*, „Entschuldigung“ durch Notstand: Studien zu § 35 StGB. Köln 1989.
- Bertram, Günter*, Rückkehr der Folter? RuP 2006, 224–228.
- Folter, Daschner, Menschenwürde: eine endlose Diskussion. RuP 2005, 245–249.
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht. 12. Aufl. Heidelberg u.a. 2012.
- Beutler, Björn*, Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken. Frankfurt a.M. 2006.
- Bielefeldt, Heiner*, Die Absolutheit des Folterverbots: Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 109–114.
- Das Folterverbot im Rechtsstaat. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 95–106.
- Bilder, Richard B./Vagts, Detlev F.*, Speaking Law to Power: Lawyers and Torture. 98 Am. J. Int'l L. 2004, 689–695.
- Binding, Karl*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1. Leipzig 1885.

- Birnbacher, Dieter*, Utilitarismus. In: Marcus Düwell/Christoph Hübenenthal/Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik. 3. Aufl. Stuttgart, Weimar 2011, S. 95–107.
- Ethisch ja, rechtlich nein – ein fauler Kompromiss?: Ein Kommentar zu R. Trapp. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 135–148.
- Bishop, Joel Prentiss*, Commentaries on the Criminal Law, Bd. I and II. 2. Aufl. Boston 1859.
- Bitzilekis, Nikolaos*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation. Berlin 1984.
- Blackstone, William*, Commentaries on the Laws of England, Bd. 4. Oxford 1769.
- Bleckmann, Albert*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention? EuGRZ 1994, 149–155.
- Blum, Gabriella*, The Laws of War and the “Lesser Evil.” 35 Yale J. Int’l L. 2010, 1–69.
- Blum, Jeffrey M./Steinhardt, Ralph G.*, Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act after *Filartiga v. Pena-Irala*. 22 Harv. Int’l. L. J. 1981, 53–113.
- Blümel, Karl-Heinz/Drewes, Michael/Malmberg, Magnus/Walter, Bernd*, Bundespolizeigesetz BPolG: Zwangsanwendung nach Bundesrecht VwVG/UZwG. 3. Aufl. Stuttgart 2006.
- Blumenwitz, Dieter*, Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr im Kampf gegen den Terrorismus. ZRP 2002, 102–106.
- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München 1987.
- Boehm, Dana Carver*, Waterboarding, Counter-Resistance, and the Law of Torture. 41 U. Tol. L. Rev. 2009, 1–41.
- Bohlander, Michael*, Transferred Malice and Transferred Defenses: A Critique of the traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm. 13 New Crim. L. Rev. 2010, 555–624.
- Of Shipwrecked Sailors, Unborn Children, Conjoined Twins and Hijacked Airplanes – Taking Human Life and the Defence of Necessity. 70 J. Crim. L. 2006, 147–161.
- Böhme, Ralf*, Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden. Hamburg 2007.
- Bourcarde, Kay*, Folter im Rechtsstaat?: Die Bundesrepublik nach dem Entführungsfall Jakob von Metzler. Gießen 2004.
- Bradley, Curtis A.*, Intent, Presumptions, and Non-Self-Executing Treaties. 102 Am. J. Int’l L. 2008, 540–551.
- The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law. 86 Geo. L.J. 1997, 479–537.
- Bradley, Curtis A./Goldsmith, Jack L.*, The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation. 66 Fordham L. Rev. 1997, 319–369.
- Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position. 110 Harv. L. Rev. 1997, 815–876.

- Bradley, Curtis A./Goldsmith, Jack L./Moore, David H.*, Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie. 120 Harv. L. Rev. 2007, 869–936.
- Braum, Stefan*, Erosionen der Menschenwürde – Auf dem Weg zur Bundesfolterordnung (BFO)? KritV 2005, 283–298.
- Brauneck, Anne-Eva*, Der strafrechtliche Schuldbegriff. GA 1959, 261–272.
- Bray, Samuel L.*, Power Rules. 110 Colum. L. Rev. 2010, 1172–1192.
- Brenneisen, Hartmut* u.a., Über allem steht die Menschenwürde. In: Hartmut Brenneisen/Dirk Staack/Susanne Kischewski (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz. Berlin 2010, S. 58–100.
- Grenzlinie Folter – polizeiliche Verhörmethode zwischen Taktik und Recht. In: Heribert Ostendorf (Hrsg.), Folter: Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit. Münster 2005, S. 53–80.
- Breitwieser, Thomas*, Verteidigung – Wandlungen eines Begriffs in 60 Jahren. NZWehr 2009, 150–163.
- Breuer, Clemens*, Das Foltern von Menschen. Die Differenz zwischen dem Anspruch eines weltweiten Verbots und dessen praktischer Missachtung und die Frage nach der möglichen Zulassung der „Rettungsfolter“. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 11–23.
- Brieskorn, Norbert*, Folter. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 45–54.
- Brill, Hascal R.*, Cyclopedia of Criminal Law. Chicago 1922.
- Broglio, Rolf Paul*, Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. Bonn 1928.
- Brooks, Rosa Ehrenreich*, The New Imperialism: Violence, Norms, and the “Rule of Law”. 101 Mich. L. Rev. 2003, 2275–2340.
- Brugger, Winfried*, Das andere Auge: Folter als zweitschlechteste Lösung. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 107–117.
- Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? JZ 2000, 165–173.
- Würde gegen Würde. VBIBW 1995, 414–415, 446–455.
- Brunkhorst, Hauke*, Folter, Würde und repressiver Liberalismus. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 88–100.
- Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft. Frankfurt a.M. 2002.
- Buergenthal, Thomas*, Modern Constitutions and Human Rights Treaties. 36 Colum. J. Transnat’l L. 1998, 211–223.
- Bufacchi, Vittorio/Arrigo, Jean Maria*, Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument. 23 J. Applied Phil. 2006, 355–373.
- Bulte, Jens*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive. GA 2011, 145–166.
- Burchard, Christoph*, Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. 6 J. Int’l Crim. Just. 2008, 159–182.

- Burghart, Axel*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Stand: 54. Lieferung. Köln 2010.
- Burgmer, Willy*, Der „Fall“ Daschner. *Kriminalistik* 2004, 334–336.
- Burke, Alafair S.*, Rational Actors, Self-Defense, and Duress: Making Sense, Not Syndromes, out of the Battered Woman. 81 *N.C. L. Rev.* 2002, 211–316.
- Burkiczak, Christian M.*, Das Luftsicherheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht. *NZWehr* 2006, 89–103.
- Butler, Paul*, Foreword: Terrorism and Utilitarianism: Lessons from, and for Criminal Law. 93 *J. Crim. L. & Criminology* 2002, 1–22.
- Butzer, Hermann*, Flucht in die polizeiliche Generalklausel? *VerwArch* 2002, 506–539.
- Byrd, B. Sharon*, Wrongdoing and Attribution: Implications beyond the Justification-Excuse Distinction. 33 *Wayne L. Rev.* 1987, 1289–1342.
- Calliess, Christian*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *JZ* 2006, 321–330.
- Calo, Zachary R.*, Torture, Necessity, and Supreme Emergency: Law and Morality at the End of Law. 43 *Val. U. L. Rev.* 2009, 1591–1612.
- Card, Claudia*, Ticking Bombs and Interrogations. 2 *Crim. L. & Phil.* 2008, 1–15.
- Carmi, Guy E.*, Dignity – The Enemy from Within: A Theoretical and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification. 9 *U. Pa. J. Const. L.* 2007, 957–1001.
- Chambers, Clare*, Torture as an Evil: Response to Claudia Card, “Ticking Bombs and Interrogation”. 2 *Crim. L. & Phil.* 2008, 17–20.
- Chemerinsky, Erwin*, History Repeating: Due Process, Torture and Privacy during the War on Terror. 62 *S.M.U. L. Rev.* 2009, 3–15.
- Chin, Gabriel J.*, Unjustified: The practical Irrelevance of the Justification/Excuse Distinction. 43 *U. Mich. J.L. Reform* 2009, 79–115.
- Chitty, Joseph*, A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown. London 1820.
- Chiu, Elaine M.*, Culture as Justification, not Excuse. 43 *Am. Crim. L. Rev.* 2006, 1317–1374.
- Christensen, Ralph*, Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung. In: Ulrich Blaschke u.a. (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit?: Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*. Berlin 2005, S. 133–160.
- Christie, George C.*, The Defense of Necessity Considered from the Legal and Moral Points of View. 48 *Duke L.J.* 1999, 975–1042.
- Christopher, Russell L.*, Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence. 15 *Oxford J. Legal Stud.* 1995, 229–251.
- Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights ...? 85 *J. Crim. L. & Criminology* 1994, 295–332.
- Cleveland, Sarah H.*, Our International Constitution. 31 *Yale J. Int'l L.* 2006, 1–125.
- Cohan, John Alan*, Homicide by Necessity. 10 *Chap. L. Rev.* 2006, 119–185.

- Cohan, John Alan*, Torture and the Necessity Doctrine. 41 Val. U. L. Rev. 2007, 1587–1632.
- Cohen, Barak*, Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System’s Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories. 12 Ind. Int’l & Comp. L. Rev. 2001, 75–105.
- Cohen, David*, The Development of the Modern Doctrine of Necessity: A Comparative Critique. Rechtshistorisches Journal 1985, 215–234.
- Cohen, David S.*, Official Oppression: A Historical Analysis of Low-Level Police Abuse and a Modern Attempt at Reform. 28 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 1996, 165–199.
- Cohen, Jonathan R.*, The Culture of Legal Denial. 84 Neb. L. Rev. 2005, 247–312.
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat, Iddo*, Proportionality and the Culture of Justification. 59 Am. J. Comp. L. 2011, 463–490.
- Cohn, Marjorie*, Human Rights: Casualty of the War on Terror. 25 T. Jefferson L. Rev. 2003, 317–365.
- Coke, Edward*, The first Part of the Institutes of the Laws of England, with Additions of Notes, References, and proper Tables by Francis Hargrave and Charles Butler. From the Nineteenth London Edition corrected, Bd. II. Philadelphia 1853.
- The Third Part of the Institutes of the Laws of England. London 1644.
- Colb, Sherry F.*, Why Is Torture “Different” and How “Different” Is It? 30 Cardozo L. Rev. 2009, 1411–1473.
- Colvin, Eric*, Exculpatory Defences in Criminal Law. 10 Oxford J. Legal Stud. 1990, 381–407.
- Conde, Francisco Muñoz*, Putative Self-Defense: A Borderline Case between Justification and Excuse. 11 New Crim. L. Rev. 2008, 590–614.
- Cornyn, John*, In Defense of Alberto R. Gonzales and the 1949 Geneva Conventions. 9 Tex. Rev. L. & Pol. 2004–2005, 213–227.
- Coughlin, Anne M.*, Excusing Women. 82 Cal. L. Rev. 1994, 1–93.
- Crocker, Thomas P.*, Overcoming Necessity: Torture and the State of Constitutional Culture. 61 S.M.U. L. Rev. 2008, 221–279.
- Curtius, Carl-Friedrich*, Völkerrechtliche Schranken der Änderung des Grundgesetzes – Einige Bemerkungen zu Art. 25. DÖV 1955, 145–146.
- Dallinger, Ursula*, Die Solidarität der modernen Gesellschaft: Der Diskurs um rationale oder normative Ordnung in Sozialtheorie und Soziologie des Wohlfahrtsstaats. Wiesbaden 2009.
- Dan-Cohen, Meir*, Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law. 97 Harv. L. Rev. 1984, 625–677.
- Darmer, M. Katherine B.*, Waterboarding and the Legacy of the Bybee-Yoo “Torture and Power” Memorandum. 12 Chap. L. Rev. 2009, 639–654.
- De Bracton, Heinricus*, On the Laws and Customs of England, Bd. 2. Übersetzt von Samuel E. Thorne. London 1968.

- Decker, Joshua A.*, Is the United States Bound by the Customary International Law of Torture? A Proposal for ATS Litigation in the War on Terror. 6 *Chi. J. Int'l L.* 2006, 803–832.
- Dederer, Hans-Georg*, Krieg gegen Terror. *JZ* 2004, 421–431.
- Delonge, Franz-Benno*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen. München 1988.
- Demko, Daniela*, Zur „Einzelfallprüfung“ und „geltungszeitlichen Interpretation“ im Rahmen des Art. 3 EMRK. *HRRS* 2005, 94–104.
- Depenheuer, Otto*, Solidarität im Verfassungsstaat: Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung. Norderstedt 2009.
- Dershowitz, Alan M.*, Tortured Reasoning. In: Sanford Levinson (ed.), *Torture: A Collection*. Oxford 2004, S. 257–280.
- The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss. 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 2003, 275–294.
 - Why Terrorism Works: Understanding the Threat; Responding to the Challenge. New Haven, London 2002.
 - Is It Necessary to Apply “Physical Pressure” to Terrorists – And to Lie about It? 23 *Isr. L. Rev.* 1989, 192–200.
- Dickinson, Edwin D.*, The Law of Nations as Part of the National Law of the United States. 101 *U. Pa. L. Rev.* 1952, 26–56.
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. 2. Aufl. Berlin 2005.
- Dillof, Anthony M.*, Unraveling Unknowing Justification. 77 *Notre Dame L. Rev.* 2002, 1547–1600.
- Doehring, Karl*, Völkerrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Heidelberg 2004.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I. 2. Aufl. Tübingen 2007 (zit. *Dreier-Bearbeiter*).
- Grenzen des Tötungsverbotes. *JZ* 2007, 261–270, 317–326.
- Dreist, Peter*, Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag – zu den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilichen Handelns der Bundeswehr im Innern. *NZWehr* 2004, 89–114.
- Offene Rechtsfragen des Einsatzes bewaffneter deutscher Streitkräfte: Zwischenbilanz und Problemaufriss. *NZWehr* 2002, 133–154.
- Dressler, Joshua*, *Duress*. In: John Deigh/David Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. New York 2011, S. 269–298.
- *Understanding Criminal Law*. 5. Aufl. 2009.
 - Foreword: Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature. 33 *Wayne L. Rev.* 1987, 1155–1175.
 - New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher’s Thinking and Rethinking. 32 *UCLA L. Rev.* 1984, 61–99.

- Dressler, Joshua/Michaels, Alan C.*, Understanding Criminal Procedure, Bd. 1: Investigation. 5. Aufl. Newark 2010.
- Droege, Michael*, Die Zweifel des Bundespräsidenten – Das Luftsicherheitsgesetz und die überforderte Verfassung. NZWehr 2005, 199–211.
- Druce, Georgina*, Does Waterboarding Constitute Torture? 6 Dartmouth L.J. 2008, 351–367.
- Dubber, Markus D.*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht. München 2005.
- Duff, R.A.*, Rethinking Justifications. 39 Tulsa L. Rev. 2004, 829–850.
- Durand, Philip P.*, Justifiable Homicide in Tennessee. 28 Tenn. L. Rev. 1961, 265–278.
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. AöR 1956, 117–157.
– Die Menschenauffassung des Grundgesetzes. JR 1952, 259–263.
- Duttge, Gunnar*, Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) 2005: Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung? GA 2006, 573–585.
– Erwiderung. JZ 2006, 899–902.
- Düx, Heinz*, Meinungen zur „Folterdiskussion“. ZRP 2003, 180.
- Ebel, H.*, Notwehrrecht der Polizei bei Vernehmungen (Befragungen) zum Zwecke der Gefahrenabwehr? Kriminalistik 1995, 825–828.
- Eisele, Jörg*, Die einzelnen Beschuldigtenrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention. JA 2005, 901–908.
- Ekkardt, Felix*, Folterverbot, Menschenwürde und absoluter Lebensschutz. NJ 2006, 64–66.
- Ellbogen, Klaus*, Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich. Jura 2005, 339–343.
- Elshtain, Jean Bethke*, Reflection on the Problem of “Dirty Hands”. In: Sanford Levinson (ed.), Torture: A Collection. Oxford 2004, S. 77–89.
- Enders, Christoph*, Der Staat in Not. DÖV 2007, 1039–1046.
– Die Würde des Rechtsstaats liegt in der Würde des Menschen. Das absolute Verbot staatlicher Folter. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, 133–148.
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg 1935.
- Engländer, Armin*, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen. GA 2010, 15–26.
– Grund und Grenzen der Nothilfe. Tübingen 2008.
- Enker, Arnold N.*, In Support of the Distinction between Justification and Excuse. 42 Tex. Tech L. Rev. 2009, 273–305.
- Epping, Volker*, Grundrechte. 5. Aufl. Heidelberg 2012.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar. München 2009 (zit. Epping/Hillgruber-Bearbeiter).

- Erb, Volker*, Zur strafrechtlichen Behandlung von „Folter“ in der Notwehrlage. In: Hendrik Schneider/Michael Kahlo (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag. Berlin 2008, S. 99–123.
- Schrifttum. GA 2007, 361–363.
 - Folterverbot und Notwehrrecht. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 19–38.
 - Notwehr bei präsenter staatlicher Hilfe. In: Rainer Griesbaum (Hrsg.), Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag. Berlin 2006, S. 181–189.
 - Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“. NStZ 2005, 593–602.
 - Nothilfe durch Folter. Jura 2005, 24–30.
 - Folterverbot und Notwehrrecht. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 149–167.
- Eser, Albin*, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr. Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten „Rettungsfolter“. In: Felix Herzog/Ulfried Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer. Heidelberg 2010, S. 713–727.
- Verhaltensregeln und Behandlungsnormen: Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht. In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München 1998, S. 25–54.
 - Justification and Excuse. 24 Am. J. Comp. L. 1976, 621–637.
- Esser, Robert*, Die menschenrechtliche Konzeption des Folterverbotes im deutschen Strafverfahren. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 143–159.
- Estrada, Oswaldo A.*, Human Dignity and the Convention Against Torture: Has the Burden of Proof Become Heavier than Originally Intended? 3 Regent J. Int'l L. 2005, 87–114.
- Etzel, Jochen*, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht. Freiburg 1993.
- Fahl, Christian*, Neue „sozialethische Einschränkung“ der Notwehr: „Folter“. Jura 2007, 743–750.
- Angewandte Rechtsphilosophie – „Darf der Staat foltern?“ JR 2004, 182–191.
- Farmer, John J.*, Awaiting “The Authorities”: 9/11 and National Security Doctrine After Ten Years. 63 Rutgers L. Rev. 2011, 1085–1093.
- Fechner, Frank*, Grenzen polizeilicher Notwehr. Frankfurt a.M. 1991.
- Fehn, Karsten/Brauns, Miriam*, Bundeswehr und innere Sicherheit. Frankfurt a.M. 2003.
- Felix, Dagmar*, Einheit der Rechtsordnung. Tübingen 1998.
- Feller, S.Z.*, Not Actual “Necessity” but Possible “Justification”; Not “Moderate” Pressure, but Either “Unlimited” or “None at All”. 23 Isr. L. Rev. 1989, 201–215.
- Ferzan, Kimberly Kessler*, Justification and Excuse. In: John Deigh/David Dolinko (eds.), The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law. New York 2011, S. 239–268.

- Ferzan, Kimberly Kessler*, Self-Defense, Permissions, and the Means Principle: A Reply to Quong. 8 Ohio St. J. Crim. L. 2011, 503–513.
- Self-Defense and the State. 5 Ohio St. J. Crim. L. 2008, 449–478.
 - Holistic Culpability. 28 Cardozo L. Rev. 2007, 2523–2543.
 - Forword (*sic*). 24 L. & Phil. 2005, 547–555.
 - Justifying Self-Defense. 24 L. & Phil. 2005, 711–749.
 - Torture, Necessity, and the Union of Law & Philosophy. 36 Rutgers L.J. 2004, 183–190.
- Fichte, Johann Gottlieb*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre: Neudruck auf der Grundlage der zweiten von Fritz Medicus herausgegebenen Auflage von 1922 mit Einleitung und Registern von Manfred Zahn. Hamburg 1960.
- Fiebig, Jan-Peter*, Der Einsatz der Bundeswehr im Innern: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von innerstaatlichen Verwendungen der Streitkräfte bei Großveranstaltungen und terroristischen Bedrohungen. Berlin 2004.
- Finkelstein, Claire O.*, On the Obligation of the State to Extend a Right of Self-Defense to Its Citizens. 147 U. Pa. L. Rev. 1999, 1361–1402..
- Duress: A Philosophical Account of the Defense in Law. 37 Ariz. L. Rev. 1995, 251–283
- Fischer, Christian/Fischer-Lescano, Andreas*, Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Völker- und verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den Internationalen Terrorismus. KritV 2002, 113–144.
- Fischer, Matthias G.*, Terrorismusbekämpfung durch die Bundeswehr im Inneren Deutschlands? JZ 2004, 376–384.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar. 59. Aufl. München 2012.
- Fitzpatrick, Joan*, The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States. 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1995–96, 165–180.
- Flaherty, Martin S.*, The Future and Past of U.S. Foreign Relations Law. 67 Law & Contemp. Probs. 2004, 169–193.
- Fletcher, George P.*, Rethinking Criminal Law. New York 2000.
- Basic Concepts of Criminal Law. New York 1998.
 - The Nature of Justification. In: Stephen Shute/John Gardner/Jeremy Horder (eds.), Action and Value in Criminal Law. Oxford 1993, S. 175–186.
 - Mistake in the Model Penal Code: A False False Problem. 19 Rutgers L.J. 1988, 649–670.
 - The Right and the Reasonable. 98 Harv. L. Rev. 1985, 949–982.
 - Rights and Excuses. 3 Crim. Just. Ethics 1984 (Summer/Fall), 17–27.
 - The Right to Life. 13 Ga. L. Rev. 1979, 1371–1394.
- Fontaine, Reid Griffith*, Attack on Self-Defense. 47 Am. Crim. L. Rev. 2010, 57–89.

- Adequate (Non)Provocation and Heat of Passion as Excuse not Justification. 43 U. Mich. J.L. Reform 2009, 27–51.
- Foont, Brian E.*, Shooting Down Civilian Aircraft: Is There an International Law? 72 J. Air L. & Com. 2007, 695–725.
- Foster, Michael*, A Report of Some Proceedings. Dublin 1762.
- Franke, Siegfried*, Wie verbindlich ist das Folterverbot für den Rechtsstaat? In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 51–68.
- Frankenberg, Günter*, Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht: Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 55–68.
- Freund, Georg*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre. 2. Aufl. Berlin 2009.
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz. Stand: 30. Lieferung. Berlin 2010 (zit. *Friauf/Höfling-Bearbeiter*).
- Frisch, Wolfgang*, Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien. In: Hans-Ullrich Paeffgen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 425–450.
- Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Aufl. München 2011.
- Die Notwehr im System der Notrechte. GA 1988, 291–316.
- Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention. GA 1985, 553–565.
- Frowe, Helen*, Equating Innocent Threats and Bystanders. 25 J. Appl. Phil. 2008, 277–290.
- Frowein, Jochen Abr.*, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht. ZaöRV 2002, 879–905.
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang*, Europäische Menschenrechtskonvention. 3. Aufl. Kehl 2009 (zit. *Frowein/Peukert-Bearbeiter*).
- Gaeta, Paola*, When Is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture? 6 J. Int'l Crim. Just. 2008, 183–193.
- May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? 2 J. Int'l Crim. Just. 2004, 785–794.
- Gallas, Wilhelm*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs. ZStW 80 (1968), 1–33.
- Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund. In: Karl Engisch (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag. München, Berlin 1954, S. 311–334.
- Gallegos, Stanton R.*, Are Police People Too?: An Examination of the Federal Tort Claims Act's "Private Person" Standard as It Applies to Federal Law Enforcement Activities. 76 Brook. L. Rev. 2011, 775–806.
- Garcia, Michael John*, The U.N. Convention Against Torture: Overview of U.S. Implementation Policy Concerning the Removal of Aliens. CRS Report for Congress, RL32438. January 21, 2009.
- Interrogation of Detainees: Requirements of the Detainee Treatment Act. CRS Report for Congress, RL33655. August 26, 2009.

- Garcia, Michael John*, U.N. Convention Against Torture (CAT): Overview and Application to Interrogation Techniques. CRS Report for Congress, RL32438. January 25, 2008.
- Gardner, John*, Justification under Authority. 23 *Can. J. L. & Jurisprudence* 2010, 71–98.
- Fletcher on Offences and Defences. 39 *Tulsa L. Rev.* 2004, 817–827.
- The Gist of Excuses. 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 1998, 575–598.
- Justifications and Reasons. In: A.P. Simester/A.T.H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*. Oxford 1996, S. 103–129.
- Guapp*, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. *Deutsche Strafrechts-Zeitung* 1920, 331–338.
- Gebauer, Peer*, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots. *NVwZ* 2004, 1405–1409.
- Geddert-Steinacher, Tatjana*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz. Berlin 1990.
- Geiger, Rudolf*, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht. 5. Aufl. München 2010.
- Geltzer, Joshua Alexander*, Of Suspension, Due Process, and Guantanamo. 14 *U. Pa. J. Const. L.* 2012, 719–780.
- Geppert, Klaus*, Notwehr und Irrtum. *Jura* 2007, 33–40.
- Geyer, August*, Die Lehre von der Notwehr. Jena 1857.
- Ghanayim, Khalid*, Excused Necessity in Western Legal Philosophy. 19 *Can. J. L. & Jurisprudence* 2006, 31–65.
- Giese, Bernhard*, Das Würde-Konzept: eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG. Berlin 1975.
- GINBAR, Yuval*, Why Not Torture Terrorists?: Moral, practical, and legal aspects of the “ticking bomb” justification for torture. New York 2008.
- Ginsburg, Ruth Bader*, “A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind”: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication. 99 *Am. Soc’y Int’l. L. Proc.* 2005, 351–359.
- Gintzel, Kurt*, Die „unlösbare“ Pflichtenkollision – ein Beitrag zur „Folterdiskussion“ und zugleich eine Abgrenzung von Verwaltungszwang und Aussageerpressung. *Die Polizei* 2004, 249–254.
- Glaeser, Walter Schmitt*, Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht? In: Otto Depenheuer (Hrsg.), *Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg 2007, S. 507–523.
- Glazebrook, P.R.*, The Necessity Plea in English Criminal Law. 30 *Cambridge L.J.* 1972, 87–119.
- Golash, Deirdre*, Torture and Self-Defense. In: Steven P. Lee (ed.), *Intervention, Terrorism, and Torture*. Dordrecht 2007, S. 263–271.
- Goldschmidt, James*, Der Notstand, ein Schuldproblem: mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Wien 1913.
- Goodman, Maxine D.*, Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence. 84 *Neb. L. Rev.* 2006, 740–794.

- Gössel, Karl Heinz*, Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, „absolute“ Folterverbote? In: Gerhard Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 2007, S. 41–62.
- Schrifttum. GA 2006, 43–46.
- Gössel, Karl Heinz/Dölling, Dieter*, Strafrecht Besonderer Teil 1. 2. Aufl. Heidelberg 2004.
- Götz, Heinrich*, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes. NJW 2005, 953–957.
- Götz, Volkmar*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. 14. Aufl. München 2008.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl. München 2012.
- Grabenwarter, Christoph*, Androhung von Folter und faires Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg. NJW 2010, 3128–3132.
- Gramm, Christof*, Bundeswehr als Luftpolizei: Aufgabenzuwachs ohne Verfassungsänderung? NZWehr 2003, 89–101.
- Grebing, Gerhard*, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht: Ein Beitrag zur dogmatischen Bedeutung der Angemessenheitsklausel des § 34 Satz 2 StGB. GA 1979, 81–106.
- Greco, Luis*, Die Regeln hinter der Ausnahme – Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen. GA 2007, 628–643.
- Greenawalt, Kent*, Justifications, Excuses, and a Model Penal Code for Democratic Societies. 17 Crim. Just. Ethics, Winter/Spring 1998, 14–28.
- Natural Law and Political Choice: The General Justification Defenses – Criteria for Political Action and the Duty to Obey the Law. 36 Cath. U. L. Rev. 1986, 1–44.
- Distinguishing Justifications from Excuses. 49 Law & Contemp. Probs. Summer 1986, 89–108.
- The Perplexing Borders of Justification and Excuse. 84 Colum. L. Rev. 1984, 1897–1927.
- Greiner, Bernd*, 9/11: Der Tag, die Angst, die Folgen. München 2011.
- Greiß, Robin*, Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3bis of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German “Luftsicherheitsgesetz”. 27 Mich. J. Int’l L. 2005, 227–256.
- Gromes, Maximilian*, Präventionsfolter – ein rechtsgebietsübergreifendes Problem. Berlin 2007.
- Gropp, Walter*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 2005.
- Gross, Emanuel*, Legal Aspect of Tackling Terrorism: The Balance between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights. 6 UCLA J. Int’l L. & Foreign Aff. 2001, 89–168.
- Gross, Oren*, Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? 112 Yale L.J. 2003, 1011–1134.

- Gross, Oren*, Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience. 88 Minn. L. Rev. 2004, 1481–1555.
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo* (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. Tübingen 2006 (zit. EMRK/GG-Bearbeiter).
- Grzeszick, Bernd*, Staat und Terrorismus: Eine staatsrechtliche Überlegung in praktischer Absicht. In: Josef Isensee (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht. Berlin 2004, S. 55–81.
- Guckelberger, Annette*, Zulässigkeit von Polizeifolter? VBIBW 2004, 121–127.
- Günther, Hans-Ludwig*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Köln u.a. 1983.
- Günther, Klaus*, Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten? In: Gerhard Beestmüller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 101–108.
- Gur-Arye, Miriam*, Justifying the Distinction Between Justifications and Power (Justification vs. Power). 5 Crim. L. & Phil. 2011, 293–313.
- Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?: Reflections in Light of the Israeli Experience. In: Sanford Levinson (ed.), Torture: A Collection. Oxford 2004, S. 183–198.
- Gusy, Christoph*, Polizei- und Ordnungsrecht. 7. Aufl. Tübingen 2009.
- Polizeiliche Befragung am Beispiel des § 9 NRWPolG. NVwZ 1991, 614–620.
- Gutmann, Thomas*, Für ein neues Transplantationsgesetz: Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin. Berlin, Heidelberg 2006.
- Hacke, Christian*, Weltordnungspolitik nach dem 11. September: Die deutsch-amerikanischen Beziehungen im Zeichen des Krieges gegen den Terror und der Irak-Krise. In: Josef Isensee (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht. Berlin 2004, S. 41–54.
- Haft, Fritjof*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 9. Aufl. München 2004.
- Haksar, Vinit*, Necessary Evil: Justification, Excuse or Pardon? 5 Crim. L. & Phil. 2011, 333–347.
- Hale, Matthew*, The History of Pleas of the Crown, Bd. 1. London 1736.
- Hall, Daniel E.*, Criminal Law and Procedure. 6. Aufl. 2011.
- Hall, Ford W.*, The Common Law: An Account of Its Reception in the United States. 4. Vand. L. Rev. 1951, 791–825.
- Hälschner, Hugo*, Das Preußische Strafrecht, Zweiter Teil. Bonn 1858.
- Hamm, Rainer*, Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot! NJW 2003, 946–947.
- Haney, Craig/Banks, Curtis/Zimbardo, Philip*, A Study of Prisoners and Guards in a Simulated Prison. 30 Naval Research Reviews 1973, 1–17.
- Harel, Alon/Porat, Ariel*, Commensurability and Agency: Two Yet-to-Be-Met Challenges for Law and Economics. 96 Cornell L. Rev. 2011, 749–787.
- Harel, Alon/Sharon, Assaf*, What Is Really Wrong with Torture? 6 J. Int'l Crim. Just. 2008, 241–259.

- Hart, H.L.A.*, The Concept of Law. 2. Aufl. New York 1994.
- Punishment and Responsibility. Oxford 1968.
- Hartmann, Nikolai*, Ethik. Berlin, Leipzig 1926.
- Hase, Friedhelm*, Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als „Hilfe bei einem Unglücksfall“? DÖV 2006, 213–218.
- Hathaway, Oona A.*, Do Human Rights Treaties Make a Difference? 111 Yale L.J. 2002, 1935–2042.
- Haurand, Günter/Vahle, Jürgen*, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungs-fällen. NVwZ 2003, 513–521.
- Hawkins, Thomas H.*, Necessity as a Statutory Defense in Texas: A Comparison with Other States. 3 Am. J. Crim. L. 1975, 233–264.
- Hay, Peter*, US-Amerikanisches Recht. 5. Aufl. München 2011.
- Heberling, Peter D.W.*, Justification: The Impact of the Model Penal Code on Statutory Reform. 75 Colum. L. Rev. 1975, 914–962.
- Hecker, Bernd*, Strafrecht AT und BT: Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch. JuS 2010, 1027–1030.
- Hecker, Wolfgang*, Relativierung des Folterverbots in der BRD? KJ 2003, 210–218.
- Hedrick, Todd*, Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy. Stanford, Cal. 2010.
- Heinen, Johannes*, Rechtsgrundlagen Feldjägersdienst: Mit Erläuterungen des UZwGBw Einsatzgrundlagen im In- und Ausland. 9. Aufl. Regensburg 2010.
- Die Inanspruchnahme von Jedermannrechten durch Soldaten im Wach- und Feldjägersdienst. NZWehr 1995, 138–146.
- Heinitz, Ernst*, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Breslau 1926.
- Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil I. Stuttgart 2005.
- Heintschel von Heinegg, Wolff*, Casebook Völkerrecht. München 2005.
- Helbing, Britta*, Zum „Fall Daschner“. Kriminalistik 2005, 25–26.
- Henckaerts, Jean-Marie*, International Humanitarian Law as Customary International Law. 21 Refugee Survey Quarterly 2002, 186–193.
- Henkel, Heinrich*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München 1932.
- Die Rechtsnatur des Notstandes. Frankfurt a. M. 1927.
- Henkin, Louis*, International Law as Law in the United States. 82 Mich. L. Rev. 1984, 1555–1569.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Folter und Menschenwürde. JZ 2005, 321–328.
- Herdegen, Matthias*, Völkerrecht. 10. Aufl. München 2011.
- Die Menschenwürde im Fluss des bioethischen Diskurses. JZ 2001, 773–786.

- Herman, Lawrence*, The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part II). 53 Ohio St. L.J. 1992, 497–553.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Heidelberg 1987.
- Hermes, Georg/Walther, Susanne*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht. Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen. NJW 1993, 2337–2347.
- Herzog, Felix*, Die Menschenwürde als absolute Grenze instrumenteller Vernunft: Zur Frage von Abwägungsverboten aus Anlass des Luftsicherheitsgesetzes. In: Fredrik Roggan (Hrsg.), Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch. Berlin 2006, S. 89–99.
- Herzog, Felix/Roggan, Fredrik*, Zu einer Reform der Strafbarkeit wegen Aussageerpressung – § 343 StGB. GA 2008, 142–150.
- Hilgendorf, Eric*, Tragische Fälle: Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand. In: Ulrich Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen. Berlin 2005, S. 107–132.
- Folter im Rechtsstaat? JZ 2004, 331–339.
- Hillenkamp, Thomas*, 32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil. 13. Aufl. München 2010.
- Hillgruber, Christian*, Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“? JZ 2007, 209–218.
- Hillgruber, Christian/Hoffmann, Jeannine*, Mehr, als die Polizei erlaubt? Kann die Bundeswehr in NRW gegen terroristische Angriffe aus der Luft eingesetzt werden? NWVBl. 2004, 176–180.
- Himma, Kenneth Einar*, Assessing the Prohibition against Torture. In: Steven P. Lee (ed.), Intervention, Terrorism, and Torture. Dordrecht 2007, S. 235–248.
- Himmelreich, Klaus*, Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmißbrauch; Notwehrexzeß. GA 1966, 129–145.
- Hinz, Werner*, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. JR 1993, 353–358.
- Hirsch, Burkhard*, Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zur Neureglung von Luftsicherheitsaufgaben – Bemühungen zur Abwehr des finalen Rettungstotschlags. KritV 2006, 3–20.
- Hirsch, Günter*, Keine Gentechnik ohne Gesetz? NJW 1990, 1445–1448.
- Hirsch, Hans Joachim*, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen. In: Michael Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2007, S. 149–172.
- Hitchler, W.H.*, Necessity as a Defence in Criminal Law. 33 Dick. L. Rev. 1928–1929, 138–148.
- Hochhuth, Martin*, Militärische Bundesintervention bei inländischem Terrorakt. NZWehr 2002, 154–167.
- Höffe, Otfried* (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik. 4. Aufl. Tübingen 2008.

- Einführung in Rawls' Theorie der Gerechtigkeit. In: Otfried Höffe (Hrsg.), John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin 1998, S. 1–26.
- Hoffheimer, Michael H.*, Codifying Necessity: Legislative Resistance to Enacting Choice-of-Evils Defenses to Criminal Liability. 82 Tul. L. Rev. 2007, 191–246.
- Hofmann, Rainer*, Das völkerrechtliche Folterverbot. In: Heribert Ostendorf (Hrsg.), Folter: Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit. Münster 2005, S. 9–34.
- Hofmann, Hasso*, Die versprochene Menschenwürde. AöR 1993, 353–377.
- Hold von Ferneck, Alexander*, Die Rechtswidrigkeit: Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. II. Jena 1905.
- Holper, Mary*, Specific Intent and the Purposeful Narrowing of Victim Protection Under the Convention Against Torture. 88 Or. L. Rev. 2009, 777–827.
- Hömig, Dieter* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 9. Aufl. Baden-Baden 2010 (zit. *Hömig-Bearbeiter*).
- Hondrich, Karl Otto/Koch-Arzberger, Claudia*, Solidarität in der modernen Gesellschaft. Frankfurt a.M. 1992.
- Hong, Mathias*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 24–35.
- Honnacker, Heinz/Beinhofer, Paul*, Polizeiaufgabengesetz – PAG – Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei. 19. Aufl. Stuttgart 2009.
- Horlacher, Carmen*, Auskunfterlangung mittels Folter. Hamburg 2007.
- Hörnle, Tatjana*, Strafrecht. Tübingen 2011.
- Shooting Down a Hijacked Plane – The German Discussion and Beyond. 3 Crim. L. & Phil. 2009, 111–131.
- Töten, um viele Leben zu retten. In: Holm Putzke (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag. Tübingen 2008, S. 555–574.
- Hruschka, Joachim*, Justifications and Excuses: A Systematic Approach. 2 Ohio St. J. Crim. L. 2005, 407–413.
- Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre. ZStW 115 (2003), 201–223.
- Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten – eine Nötigung? NJW 1996, 160–164.
- Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil. 2. Aufl. Berlin 1988.
- Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand? NJW 1980, 21–23.
- Rettungspflichten in Notstandssituationen. JuS 1979, 385–393.
- Anmerkung zu Beschluß des BayObLG v. 26.5.1978 - 3 OboWi 38/78, JR 1979, 125–128.
- Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag. Berlin 1977, S. 189–210.

- Hufen, Friedhelm*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG. JuS 2010, 1–10.
- Staatsrecht II Grundrechte. 2. Aufl. München 2009.
 - In dubio pro dignitate. NJW 2001, 849–857.
- Huber, Sabine*, Kritik der moralischen Vernunft: Peter Singers Thesen zur Euthanasie als Beispiel präferenz-utilitaristischen Philosophierens. Frankfurt a.M. 1999.
- Huigens, Kyron*, The Continuity of Justification Defenses. 2009 U. Ill. L. Rev. 2009, 627–695.
- Hurd, Heidi M.*, Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability. 74 Notre Dame L. Rev. 1999, 1551–1573.
- Hurnard, Naomi D.*, The King’s Pardon for Homicide before A.D. 1307. London 1969.
- Husak, Douglas N.*, On the Supposed Priority of Justification to Excuse. 24 L. & Phil. 2005, 557–594.
- Conflicts of Justifications. 18 L. & Phil. 1999, 41–68.
 - Justifications and the cCriminal Liability of Accessories. 80 J. Crim. L. & Criminology 1989, 491–520.
- Imseis, Ardi*, “Moderate” Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods. 19 Berkeley J. Int’l L. 2001, 328–349.
- Ip, John*, Two Narratives of Torture. 7 Nw. U. J. Int’l Hum. Rts. 2009, 35–77.
- Ipsen, Jörn*, Folterverbot und Notwehrrecht. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 39–45.
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht. 5. Aufl. München 2004.
- Isensee, Josef*, Nachwort: Der Terror und der Staat, dem das Leben lieb ist. In: Josef Isensee (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht. Berlin 2004, S. 83–108.
- Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V. 2. Aufl. Heidelberg 2000, S. 143–241 (§ 111).
 - Nachwort: Solidarität – sozialetische Substanz eines Blankettbegriffs. In: Josef Isensee (Hrsg.), Solidarität in Knappheit: Zum Problem der Priorität. Berlin 1998, S. 97–141.
- Iwangoff, Nikolai*, Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand. Basel 2009.
- Jackson, Vicki C.*, Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. 65 Mont. L. Rev. 2004, 15–40.
- Jaeckel, Liv*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft. Baden-Baden 2001.
- Jaeger, Rolf Rainer*, Folterdebatte – es gibt kein schwarz oder weiß. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 29–35.

Jäger, Christian, Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates. In: Holm Putzke (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag. Tübingen 2008, S. 539–553.

– Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten? JA 2008, 678–684.

– Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie. ZStW 115 (2003), 765–790.

Jahn, Matthias, Gute Folter – schlechte Folter? KritV 2004, 24–49.

– Das Strafrecht des Staatsnotstandes: Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart. Frankfurt a.M. 2004.

Jakobs, Günther, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. HRRS 2004, 88–95..

– Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem. München 1998.

– Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision). In: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. IV. Freiburg 1995, S. 143–177.

– Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin 1991.

– Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt. In: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen 1974, S. 69–89.

Janka, Karl, Der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar. 12. Aufl. München 2012 (zit. Jarass/Pieroth-Bearbeiter).

Jay, Stewart, The Status of the Law of Nations in Early American Law. 42 Vand. L. Rev. 1989, 819–849.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.

Jerouschek, Günter, Gefahrenabwehrungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz? JuS 2005, 296–302.

– Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs. In: Knut Amelung (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. Heidelberg 2003, S. 185–198.

Jerouschek, Günter/Kölbl, Ralf, Folter von Staats wegen? JZ 2003, 613–620.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.

Jess, Edmund/Mann, Siegfried, Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Bundeswehr – UZwGBw. 2. Aufl. München 1981.

Jebbberger, Florian, „Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu.“ Jura 2003, 711–715.

Jochum, Heike, Der Einsatz der Streitkräfte im Innern. JuS 2006, 511–516.

Joicks, Wolfgang, Strafgesetzbuch Studienkommentar. 7. Aufl. München 2007.

- Joerden, Jan C.*, Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern. In: B. Sharon Byrd (Hrsg.), Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag. Berlin 2005, S. 495–525.
- Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsoffer. GA 1993, 245–261.
- § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung. GA 1991, 411–427.
- Johnstone, Ian*, The Plea of “Necessity” in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism. 43 Colum. J. Transnat’l L. 2005, 337–388.
- Kadish, Sanford H.*, Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review. 87 Cal. L. Rev. 1999, 943–982.
- Torture, the State and the Individual. 23 Isr. L. Rev. 1989, 345–356.
- Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law. 64 Cal. L. Rev. 1976, 871–901.
- Kahan, Dan M./Nussbaum, Martha C.*, Two Conceptions of Emotion in Criminal Law. 96 Colum. L. Rev. 1996, 269–374.
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen. In: Karl Rosenkranz/Friedr. Wilh. Schubert(Hrsg.), Immanuel Kant’s sämtliche Werke, Neunter Teil. Leipzig 1838.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG, EMRK. Hrsg. Rolf Hannich. 6. Aufl. München 2008 (zit. *KK-Bearbeiter*).
- Kasike, Peter*, Begründung und Grenzen der Nothilfe. Jura 2004, 832–839.
- Kaufmann, Arthur*, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen: Ausgewählte Aufsätze und Vorträge. Köln 1983.
- Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. In: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag. Karlsruhe 1972, S. 327–345.
- Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 8. Aufl. Heidelberg u.a. 2011.
- Kelker, Brigitte*, Der Nötigungsnotstand. Berlin 1993.
- Keller, Linda M.*, Is Truth Serum Torture? 20 Am. U. Int’l L. Rev. 2005, 521–612.
- Keller, Rainer*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten. Berlin 1989.
- Kelly, J. Patrick*, The Twilight of Customary International Law. 40 Va. J. Int’l L. 2000, 449–543.
- Kempen, Bernhard/Hillgruber, Christian*, Völkerrecht. München 2007.
- Kersten, Jens*, Die Tötung von Unbeteiligten – Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG. NVwZ 2005, 661–663.
- Kersting, Wolfgang*, John Rawls zur Einführung. Hamburg 2001.
- Kern, Eduard*, Grade der Rechtswidrigkeit. ZStW 64 (1952), 255–291.
- Kim, Hyung-Min*, Solidarität und Menschenrechte. Münster, Hamburg 1995.

- Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Baden-Baden 2006.
- Strafrecht Besonderer Teil I. 5. Aufl. Baden-Baden 2012.
- Kinnen, Dieter*, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung. MDR 1974, 631–634.
- Kinzig, Jörg*, Not kennt kein Gebot? ZStW 115 (2003), 791–814.
- Kirchhof, Ferdinand*, Verteidigung und Bundeswehr. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV. 3. Aufl. Heidelberg 2006, S. 633–669 (§ 84).
- Klefsch, TH.*, Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre. MDR 1950, 258–265.
- Klein, Eckart*, Die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus – Hört hier das Völkerecht auf? In: Josef Isensee (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht. Berlin 2004, S. 9–39.
- Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates. NJW 1989, 1633–1640.
- Kleinig, John*, Ticking Bombs and Torture Warrants. 10 Deakin L. Rev. 2005, 614–627.
- Kliemt, Hartmut*, Rawls' Kritik am Utilitarismus. In: Otfried Höffe (Hrsg.), John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Berlin 1998, S. 97–116.
- Kloepfer, Michael*, Leben und Würde des Menschen. In: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts. Tübingen 2001, S. 77–104.
- Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: Christian Starck (Hrsg.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II. Tübingen 1976, S. 405–420.
- Klose, Peter*, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr. ZStW 89 (1977), 61–102.
- Klug, Ulrich*, Autonomie, Anarchie und Kontrolle: Rechtsphilosophische und rechtspragmatische Probleme. In: Arthur Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag. Frankfurt a.M. 1988, S. 235–251.
- Knemeyer, Franz-Ludwig*, Polizei- und Ordnungsrecht: Lehr- und Arbeitsbuch mit Anleitungen für die Klausur. 11. Aufl. München 2007.
- Koch, Arnd*, Strafbarkeit der Trennung siamesischer Zwillinge? GA 2011, 129–144.
- Tötung Unschuldiger als straflose Rettungshandlung? – Problemaufriss ausgehend von NS-Anstaltstötungen. JA 2005, 745–749.
- Koh, Harold Hongju*, The Ninth Annual John v. Hager Lecture, The 2004 Term: The Supreme Court Meets International Law. 12 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 2004, 1–22.
- Is International Law Really State Law? 111 Harv. L. Rev. 1998, 1824–1861.
- Köhler, August*, Der Notstand im künftigen Strafrecht. Erlangen 1926.
- Köhler, Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Heidelberg 1997.
- Kokott, Juliane/Doehring, Karl/Buergenthal, Thomas*, Grundzüge des Völkerrechts. 3. Aufl. Heidelberg 2003.

- Kovarovic, Kate*, Our “Jack Bauer” Culture: Eliminating the Ticking Time Bomb Exception to Torture. 22 Fla. J. Int’l L. 2010, 251–284.
- Kramer, Helmut*, Wunsch nach der Folter. KJ 2000, 624–625.
- Kratzsch, Dietrich*, Der „Angriff“ – ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts. StV 1987, 224–229.
- Krause, Friedrich-Wilhelm*, Zur Problematik der Notwehr. In: Wolfgang Frisch (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 1978, S. 71–88.
- Kreicker, Helmut*, Völkerrechtliche Exemtionen: Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht. Berlin 2007.
- Kreimer, Seth F.*, Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror. 6 U. Pa. J. Const. L. 2003, 278–325.
- Kremnitzer, Mordechai*, The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the “Needs” of the Security Service? 23 Isr. L. Rev. 1989, 216–279.
- Kremnitzer, Mordechai/Segev, Re’em*, The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue? 34 Isr. L. Rev. 2000, 509–559.
- Kretschmer, Bernhard*, Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit? RuP 2003, 102–118.
- Kretschmer, Joachim*, Der Begriff der Gefahr in § 34 StGB. Jura 2005, 662–666.
- Kreuzer, Arthur*, Zur Not ein bisschen Folter? In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 35–49.
- Krey, Volker*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld. 2. Aufl. Stuttgart 2004.
- Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern. JZ 1979, 702–715.
- Der Fall Peter Lorenz – Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln. ZRP 1975, 97–101.
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred/Hellmann, Uwe*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1. 15. Aufl. Stuttgart 2012.
- Krings, Günter*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche: Die subjektivrechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts. Berlin 2003.
- Krings, Günter/Burkiczak, Christian*, Sicherer Himmel per Gesetz? Zum Regierungsentwurf für ein Luftsicherheitsgesetz. NWVBl. 2004, 249–253.
- Bedingt abwehrbereit? Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte des Einsatzes der Bundeswehr zur Bekämpfung neuer terroristischer Gefahr im In- und Ausland. DÖV 2002, 501–512.
- Kroß, Antje*, Notwehr gegen Schweigegelderpressung: zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr. Berlin 2004.

- Krüger, Hans Christian*, Der Kampf gegen die Folter im Rahmen des Europarats. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 161–169.
- Kubiciel, Michael*, Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben? JZ 2009, 600–608.
- Kudlich, Hans*, Anmerkung zu LG Frankfurt a.M., Urteil vom 20.12.2004. JuS 2005, 376–379.
- Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht. JZ 2003, 127–133.
- Kugelmann, Dieter*, Polizei- und Ordnungsrecht. 2. Aufl. Berlin, Heidelberg 2012.
- Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. Aufl. München 2012.
- Rechtfertigung vorsätzlicher Tötungen im Allgemeinen und speziell bei Sterbehilfe. Jura 2009, 881–886.
 - Anmerkung zum Bestimmtheitsgrundsatz. In: Hendrik Schneider/Michael Kahlo (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag. Berlin 2008, S. 61–79.
 - Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral. In: Gerhard Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 2007, S. 63–78.
 - Freiheit und Solidarität bei den Notrechten: Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants. In: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag. Berlin, New York 1999, S. 259–276.
 - Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands. In: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München 1998, S. 143–158.
 - Angriff und Verteidigung bei der Notwehr. Jura 1993, 233–239.
- Kühn, Manfred* (Hrsg.), John Stuart Mill. Utilitarismus: Übersetzt, mit einer Einleitung und Anmerkungen herausgegeben von Manfred Kühn. Hamburg 2006.
- Kühnbach, Lena*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand. Baden-Baden 2007.
- Kümmel, Jesco*, Nötigung durch Folter: Eine rechtliche Betrachtung der Folter als Mittel der Gefahrenabwehr unter besonderer Berücksichtigung des Nötigungstatbestandes. Diss. jur. Heidelberg 2008.
- Kunz, Karl-Ludwig*, Die organisierte Nothilfe: Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und „Bürgerwehren“. ZStW 95 (1983), 973–992.
- Küper, Wilfried*, Von Kant zu Hegel – Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notstandslehren. JZ 2005, 105–115.
- Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. JuS 1987, 81–92.
 - Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes. Heidelberg 1986.

Küper, Wilfried, Notstand I (strafrechtlich). In: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. III. Berlin 1984, Sp. 1064–1072.

– Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur „*actio illicita in causa*“. Berlin 1983.

– Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“. JuS 1981, 785–794.

– Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes. JZ 1980, 755–757.

– Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht. Berlin 1979.

Kusch, Roger, In Würde sterben – nur im Ausland? NStZ 2007, 436–441.

– Tabu Sterbehilfe. NJW 2006, 261–264.

Kutscha, Martin, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt. NVwZ 2004, 801–804.

Kutz, Christopher, Torture, Necessity and Existential Politics. 95 Cal. L. Rev. 2007, 235–276.

Kutzer, Klaus, Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe. NStZ 1994, 110–115.

Laber, Jörg, Der Schutz des Lebens im Strafrecht. Frankfurt a.M. 1997.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 27. Aufl. München 2011.

Ladiges, Manuel, Buchrezension. ZIS 2010, 503–507.

– Flugzeugabschuss auf Grundlage des übergesetzlichen Notstandes? Verfassungs- und befehlsrechtliche Beurteilung. NZWehr 2008, 1–15.

– Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG – ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung. ZIS 2008, 129–140.

– Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum: Unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten. Berlin 2007.

LaFave, Wayne R., Criminal Law. 5. Aufl. 2010.

Lagodny, Otto, Notwehr gegen Unterlassen. GA 1991, 300–320.

Lamprecht, Florian, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral. Paderborn 2009.

Lange, Richard, Der „gezielte Todesschuß“. JZ 1976, 546–548.

Lasson, Kenneth, Torture, Truth Serum, and Ticking Bombs: Toward a Pragmatic Perspective on Coercive Interrogation. 39 Loy. U. Chi. L.J. 2008, 329–360.

Lee, Youngjae, The Defense of Necessity and Powers of the Government. 3 Crim. L. & Phil. 2009, 133–145.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Hrsg. Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann. 12. Aufl. Berlin 2006 ff. (zit. LK-Bearbeiter).

- Lenckner, Theodor*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung. GA 1985, 295–313.
- Der rechtfertigende Notstand: Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962). Tübingen 1965.
 - Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff. GA 1961, 299–313.
- Lenzen, Wolfgang*, „Folter“, Menschenwürde und das Recht auf Leben – Nachbetrachtungen zum Fall Daschner. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 199–224.
- Lepsius, Oliver*, Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz. In: Fredrik Roggan (Hrsg.), Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch. Berlin 2006, S. 47–74.
- Levine, Matthew S.*, Punishment and Willingness to Pay. 40 Gonz. L. Rev. 2004–2005, 329–378.
- Levinson, Sanford*, “Precommitment” and “Postcommitment”: The Ban on Torture in the Wake of September 11. 81 Tex. L. Rev. 2003, 2013–2053.
- Lim, Miri*, Redefining Torture in the Age of Terrorism: An Argument against the Dilution of Human Rights. 13 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 2006, 83–115.
- Lindner, Josef Franz*, Die Würde des Menschen und sein Leben. DÖV 2006, 577–588.
- Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe. JZ 2006, 373–383.
 - Schlusswort. JZ 2006, 902–903.
- Lingens, Eric*, Die Polizeibefugnisse der Bundeswehr: Ein Grundriss zum UZwGBw. Hamburg 1982.
- Probleme bei der Ausübung militärischer Wach- und Sicherheitsaufgaben. NZWehrr 1981, 167–182.
- Linke, Tobias*, Eine unendliche Geschichte oder lässt sich das Luftsicherheitsgesetz durch eine Verfassungsänderung retten? NWVBl. 2007, 101–105.
- Die „militärische Waffe“: Ein Begriffsgespensst im Wehrverfassungs- und im Recht der inneren Sicherheit? NZWehrr 2006, 177–191.
 - Innere Sicherheit durch die Bundeswehr? Zu Möglichkeiten und Grenzen der Inlandsverwendung der Streitkräfte. AöR 129 (2004), 489–541.
 - Zur Rolle des Art. 35 GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben. NZWehrr 2004, 115–125.
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts. Hrsg. Erhard Denninger/Frederik Rachor. 5. Aufl. München 2012 (zit. Lisken/Denninger-Bearbeiter).
- Lisken, Hans*, Einführung des polizeilichen Todesschusses? ZRP 2004, 31.
- Loader, Ian/Zedner, Lucia*, Police Beyond Law? 10 New Crim. L. Rev. 2007, 142–152.
- Lobe, Adolf*, Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht. In: August Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I. Tübingen 1930, S. 33–61.
- Lobel, Jules*, The Limits of Constitutional Power: Conflicts Between Foreign Policy and International Law. 71 Va. L. Rev. 1985, 1071–1180.

- Logan, Ryan P.*, The Detainee Treatment Act of 2005: Embodying U.S. Values to Eliminate Detainee Abuse by Civilian Contractors and Bounty Hunters in Afghanistan and Iraq. 39 Vand. J. Transnat'l L. 2006, 1605–1641.
- Lopez, Marisa*, Professional Responsibility: Tortured Independence in the Office of Legal Counsel. 57 Fla. L. Rev. 2005, 685–716.
- Lorenz, Frank Lucien*, Absoluter Schutz versus absolute Relativität: Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozess. GA 1992, 254–279.
- Lorse, Jürgen*, Die Befehls- und Kommandogewalt des Art. 65a GG im Lichte terroristischer Herausforderungen. DÖV 2004, 329–334.
- Löw, Iris Michaela*, Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach dem 11. September 2001. Frankfurt a.M. 2009.
- Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar. Hrsg. Volker Erb u.a. 26. Aufl. Berlin 2006 ff. (zit. LR-Bearbeiter).
- Luban, David*, Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb. In: Karen J. Greenberg (ed.), The Torture Debate in America. Cambridge 2006, S. 35–83.
- Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb. 91 Va. L. Rev. 2005, 1425–1461.
- Luban, David/Shue, Henry*, Mental Torture: A Critique of Erasures in U.S. Law. 100 Geo. L.J. 2012, 823–863.
- Lübbe, Weyma*, Konsequenzialismus und Folter – Kommentar zu R. Poscher. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 67–75.
- Luckstead, Erica*, Choice of Evils Defenses in Texas: Necessity, Duress, and Public Duty. 10 Am. J. Crim. L. 1982, 179–213.
- Lüderssen, Klaus*, Kriegerrecht in Deutschland? StV 2005, 106–107.
- Die Folter bleibt tabu – Kein Paradigmenwechsel ist geboten. In: Klaus Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag. Neuwied 2004, S. 691–712.
- Luhmann, Niklas*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? Heidelberg 1993.
- Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie. 3. Aufl. Berlin 1986.
- Lutze, Christian*, Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr. NZWehr 2003, 101–115.
- Lyons, Edward C.*, Balancing Acts: Intending Good and Foreseeing Harm – The Principle of Double Effect in the Law of Negligence. 3 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 2005, 453–500.
- Maihold, Harald*, Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? – Zur Strafbarkeit der „Gefahrenabwehrfolter“ nach schweizerischem und deutschem Recht. In: Martino Mona/Kurt Seelmann (Hrsg.), Grenzen des rechtfertigenden Notstands. Zürich 2006, S. 115–149.
- Makdisi, John*, Justification in the Killing of an Innocent Person. 38 Clev. St. L. Rev. 1990, 85–96.
- Malone, Linda A.*, Is There Really a Difference between Justification and Excuse, or Did We Academics Make It up? 42 Tex. Tech L. Rev. 2009, 321–325.

- Margulies, Peter*, Beyond Absolutism: Legal Institutions in the War on Terror. 60 U. Miami L. Rev. 2006, 309–331.
- Markovic, Milan*, Advising Clients after Critical Legal Studies and the Torture Memos. 114 W. Va. L. Rev. 2011, 109–164.
- Martin, Shaun P.*, The Radical Necessity Defense. 73 U. Cin. L. Rev. 2005, 1527–1607.
- Marx, Reinhard*, Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme? In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 95–123.
- Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme? KJ 2004, 278–304.
- Maunz-Dürig/Herzog/Scholz Kommentar zum Grundgesetz. Hrsg. Roman Herzog u.a. Stand: 61. Lieferung. München 2011 (zit. Maunz/Dürig-Bearbeiter).
- Maurach, Reinhart*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Karlsruhe 1954.
- Kritik der Notstandslehre. Berlin 1935.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Heidelberg 1983.
- Mayer, Hellmuth*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Stuttgart, Köln 1953.
- Mayer, Max Ernst*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Heidelberg 1923.
- Mayerfeld, Jamie*, Playing by Our Own Rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law Led to Torture. 20 Harv. Hum. Rts. J. 2007, 89–140.
- McBride, Mark*, Discussion Note: Justification and Excuses: Mutually Exclusive? 5 Journal of Ethics & Social Philosophy 2011, 1.
- McClain, Emlin*, A Treatise on the Criminal Law as now administered in the United States, Bd. I. Chicago 1897.
- McCoy, Alfred W.*, CIA Torture & U.S. Foreign Policy. 19 New Eng. J. of Pub. Pol’y 2005, 209–262.
- McGinnis, John O./Somin, Ilya*, Should International Law Be Part of Our Law? 59 Stan. L. Rev. 2007, 1175–1247.
- McMahan, Jeff*, Self-Defense and Culpability. 24 L. & Phil. 2005, 751–744.
- Meiser, Christian/von Buttlar, Christian*, Militärische Terrorismusbekämpfung unter dem Regime der UN-Charta. Baden-Baden 2005.
- Meißner, Andreas*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB). Berlin 1990.
- Menetrez, Frank J.*, Lawless Law Enforcement: The Judicial Invention of Absolute Immunity for Police and Prosecutors in California. 49 Santa Clara L. Rev. 2009, 393–428.
- Meriwether, Luke M.*, After Abu Ghraib: Does the McCain Amendment, as Part of the 2006 Defense Appropriations Act, Clarify U.S. Interrogation Policy or Tie the Hands of U.S. Interrogators? 14 Tulsa. J. Comp. & Int’l L. 2006, 155–190.
- Merkel, Reinhard*, Folter und Notwehr. In: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 2007, S. 375–403.

- Merkel, Reinhard*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? JZ 2007, 373–385.
- Wenn der Staat Unschuldige opfert. DIE ZEIT 2004, Ausgabe 29, 33.
 - Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht. ZStW 114 (2002), 437–454.
 - Zaungäste?: Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu § 34 S. 1 StGB). In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt a.M. u.a. 1995, S. 171–196.
- Merkel, Rudolf*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
- Merten, Jan O.*, Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde. JR 2003, 404–408.
- Metz, Karl H.*, Solidarität und Geschichte: Institution und sozialer Begriff der Solidarität in Westeuropa im 19. Jahrhundert. In: Kurt Bayertz (Hrsg.), Solidarität: Begriff und Problem. Frankfurt a.M. 1998, S. 172–194.
- Meyer, Frank*, Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips. GA 2004, 356–369.
- Meyer, Hugo*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 4. Aufl. Erlangen 1888.
- Meyer-Gofßner, Lutz*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. 55. Aufl. München 2012.
- Meyer-Ladewig, Jens*, Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention. 3. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Mezger, Edmund*, Strafrecht: I. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. München, Berlin 1951.
- Die subjektiven Unrechtselemente. GerS 89 (1924), 207–314.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte. 3. Aufl. Baden-Baden 2012.
- Miehe, Olaf*, Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot. NJW 2003, 1219–1220.
- Mielchen, David Karl Friedrich*, Über die (Un-) Möglichkeit der Legitimation offener Gesellschaften: Ein Diskurs anhand von John Rawls und Jürgen Habermas. Marburg 2010.
- Milhizer, Eugene R.*, Justification and Excuse: What they were, what they are, and what they ought to be. 78 St. John's L. Rev. 2004, 725–895.
- Mill, John Stuart*, Utilitarianism. London 1863.
- On Liberty. 2. Aufl. London 1859.
- Miller, Justin*, Handbook of Criminal Law. St. Paul, Minn. 1934.
- Mitsch, Wolfgang*, Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen: Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandssituationen. GA 2006, 11–24.
- Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG. ZRP 2005, 243.

- „Luftsicherheitsgesetz“ – Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“. JR 2005, 274–279.
- Strafrechtsschutz gegen gewaltsame Verhinderung eines Mordes? Die Polizei 2004, 254–256.
- Nothilfe gegen provozierte Angriffe. GA 1986, 533–546.
- Moher, Andrew A.*, The Lesser of Two Evils? An Argument for Judicially Sanctioned Torture in a Post-9/11 World. 26 T. Jefferson L. Rev. 2004, 469–489.
- Möhlenbeck, Michaela*, Das absolute Folterverbot: seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung. Frankfurt a.M. 2008.
- Montenbruck, Axel*, Thesen zur Notwehr. Heidelberg 1983.
- Moore, David H.*, Medellín, the Alien Tort Statute, and the Domestic Status of International Law. 50 Va. J. Int'l L. 2010, 485–508.
- Moore, Michael S.*, Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law. Oxford 1997.
- Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law. Oxford 1993.
- Torture and the Balance of Evils. 23 Isr. L. Rev. 1989, 280–344.
- Morawetz, Thomas*, Reconstructing the Criminal Defenses: The Significance of Justification. 77 J. Crim. L. & Criminology 1986, 277–307.
- Morgenstern, Henrike*, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht. Frankfurt a.M. 1997.
- Morse, Stephen J.*, Excusing and the New Excuse Defenses: A Legal and Conceptual Review. 23 Crime & Just. 1998, 329–406.
- Mueller, David*, Unsafe Haven: Could Art. 3 of the U.N. Convention Against Torture Prevent the Extradition of Terrorist Suspects to U.S. Custody? 28 Penn St. Int'l L. Rev. 2010, 549–580.
- Müller, Kai/Formann, Gunnar*, Die opferschützende Folterandrohung – Vermeintliche Lebensrettung durch verbotene Vernehmungsmethoden. Die Polizei 2003, 313–318.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Hrsg. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach. 2. Aufl. München 2011 ff. (zit. MK-Bearbeiter).
- Murphy, Sean D.*, Self-defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An *ipse dixit* from the ICJ? 99 Am. J. Int'l L. 2005, 62–76.
- Murswiek, Dietrich*, Der Verfassungsschutzbericht – das scharfe Schwert der streitbaren Demokratie: Zur Problematik der Verdachtsberichterstattung. NVwZ 2004, 769–778.
- Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung. Berlin 1985.
- Nagler, Johannes*, Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In: August Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I. Tübingen 1930, S. 339–358.
- Nash, Susan*, Torture: a legitimate interrogation technique or a gross violation of fundamental rights. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 125–132.

- Neubecker, F.K.*, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. I: Grundlagen. Der Zwang im öffentlichen Recht. Leipzig 1910.
- Neuhaus, Ralf*, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar! GA 2004, 521–539.
- Neusiß, Peter*, Legislative Maßnahmen des UN-Sicherheitsrates im Kampf gegen den internationalen Terrorismus. München 2008.
- Niewerth, Johannes*, Der Anwendungsbereich von § 53 IV, VI AuslG unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland. NVwZ 1997, 228–233.
- Nitschke, Peter*, Die Debatte über Folter und die Würde des Menschen. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 7–34.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Hrsg. Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen. 4. Aufl. Baden-Baden 2013 (zit. NK-Bearbeiter).
- Norouzi, Ali B.*, Folter in Nothilfe – geboten?! JA 2005, 306–310.
- Noti, Adav*, The Uplifted Knife: Morality, Justification, and the Choice-of-Evils Doctrine. 78 N.Y.U. L. Rev. 2003, 1859–1886.
- Nourse, V.F.*, Reconceptualizing Criminal Law Defenses. 151 U. Pa. L. Rev. 2003, 1691–1746.
- Nowak, Manfred*, What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards. 28 Hum. Rts. Q. 2006, 809–841.
- Odehoo, Jason R.*, Truth or Dare?: Terrorism and “Truth Serum” in the Post-9/11 World. 57 Stan. L. Rev. 2004, 209–255.
- Oetker, Friedrich*, Notwehr und Notstand. In: August Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I. Tübingen 1930, S. 359–388.
- Notwehr und Notstand. In: Karl von Birkmeyer (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. II. Berlin 1908, S. 255–395.
- Ohlin, Jens David*, The Torture Lawyers. 51 Harv. Int’l L.J. 2010, 193–256.
- The Bounds of Necessity. 6 J. Int’l Crim. Just. 2008, 289–308.
- Ohlin, Jens David/Fletcher, George P.*, Introduction. 6 J. Int’l Crim. Just. 2008, 157–158.
- O’Rourke, Anne/Chaudhri, Vivek/Nyland, Chris*, Torture, Slippery Slopes, Intellectual Apologists, and Ticking Bombs: An Australian Response to Bagaric and Clarke. 40 U.S.F. L. Rev. 2005, 85–107.
- Ostendorf, Heribert*, Strafrechtliche und strafprozessuale Konsequenzen von Folter. In: Heribert Ostendorf (Hrsg.), Folter: Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit. Münster 2005, S. 97–111.
- Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns. JZ 1981, 165–175.
- Otsuka, Michael*, Killing the Innocent in Self-Defense. 23 Phil. & Pub. Aff. 1994, 74–94.
- Otte, Lars*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand. Frankfurt a.M. 1998.

- Otto, Harro, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte. JZ 2005, 473–481.
- Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen. Jura 2005, 470–480.
 - Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. Berlin 2004.
 - Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil. 3. Aufl. Marburg 1978.
 - Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht. In: Rüdiger Herren (Hrsg.), Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag. Berlin 1977, S. 129–150.
- Pabel, Katharina/Schmahl, Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention. 14. Lieferung. Köln 2012 (zit. IntKommEMRK-Bearbeiter).
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. Bearb. Peter Bassenge u.a. 64. Aufl. München 2005 (zit. Palandt-Bearbeiter).
- Parry, John T., Understanding Torture: Law, Violence, and Political Identity. Michigan 2010.
- Torture Nation, Torture Law. 97 Geo. L.J. 2009, 1001–1056.
 - Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Aboard. In: Sanford Levinson (ed.), Torture: A Collection. Oxford 2004, S. 145–164.
 - What Is Torture, Are We Doing It, and What if We Are? 64 U. Pitt. L. Rev. 2003, 237–262.
 - Judicial Restraints on Illegal State Violence: Israel and the United States. 35 Vand. J. Transnat'l L. 2002, 73–149.
 - The Virtue of Necessity: Reshaping Culpability and the Rule of Law. 36 Hous. L. Rev. 1999, 397–469.
- Parry, John T./White, Welsh S., Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option? 63 U. Pitt. L. Rev. 2002, 743–766.
- Paulke, Katja, Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum. Hamburg 2005.
- Paust, Jordan J., Executive Plans and Authorization to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees. 43 Colum. J. Transnat'l L. 2005, 811–863.
- Self-Executing Treaties. 82 Am. J. Int'l L. 1988, 760–783.
 - Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content. 27 Howard L.J. 1984, 145–225.
- Pawlik, Michael, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch? JZ 2004, 1045–1055.
- Der rechtfertigende Notstand. Berlin 2002.
- Perkins, Rollin M., Non-Homicide Offenses against the Person. 26 B.U. L. Rev. 1946, 119–206.
- Perron, Walter, Foltern in Notwehr? In: Bernd Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. Bielefeld 2004, S. 143–154.

- Perron, Walter*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im deutschen Strafrecht. In: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. III. Freiburg 1991, S. 79–116.
- Pesch, Heinrich*, Lehrbuch der Nationalökonomie, Bd. 1: Grundlegung. 2. Aufl. Freiburg 1914.
- Pestalozza, Christian*, Inlandstötungen durch die Streitkräfte – Reformvorschläge aus ministeriellem Hause. NJW 2007, 492–495.
- Peters, Anne*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention. München 2003.
- Peters, Karl*, Die Tötung von Menschen in Notsituationen. JR 1950, 742–746.
– Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen. JR 1949, 496–500.
- Pewestorf, Adrian*, Die Berufung des Amtsträgers auf die Jedermannrechte. JA 2009, 43–48.
- Philipps, Lothar*, Sinn und Struktur der Normlogik. ARSP 52 (1966), 195–219.
- Picker, Eduard*, Menschenwürde und Menschenleben: Zum Auseinanderdriften zweier fundamentaler Werte als Ausdruck moderner Tendenzen zur Relativierung des Menschen. In: H.H. Jakobs/E. Picker/J. Wilhelm (Hrsg.), *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*. Berlin u.a. 1998, S. 155–263.
- Pieroth, Bodo/Hartmann Bernd J.*, Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung. Jura 2005, 729–734.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte. Staatsrecht II. 28. Aufl. Heidelberg u.a. 2012.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht. 7. Aufl. München 2012.
- Plucknett, Theodore F.T.*, *A Concise History of the Common Law*. 5. Aufl. Boston 1956.
- Polzin, Jan P.*, Strafrechtliche Rechtfertigung der „Rettungsfolter“? Eine Analyse der deutschen Rechtslage unter Berücksichtigung internationaler Normen und Entwicklungen. Frankfurt a.M., Hamburg 2008.
- Pope, Joseph R.*, The Lasting Viability of Rasul in the Wake of the Detainee Treatment Act of 2005. 27 N. Ill. U. L. Rev. 2006, 21–34.
- Poretschkin, Alexander*, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05. NZWehr 2006, 123–124.
- Poscher, Ralf*, Menschenwürde als Tabu: Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*. München 2006, S. 75–87.
– Menschenwürde im Staatsnotstand. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?* Paderborn 2006, S. 47–65.
– „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ JZ 2004, 756–762.
– Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen 2003.

- Posner, Eric A./Vermeule, Adrian*, Should Coercive Interrogation Be Legal? 104 Mich. L. Rev. 2006, 671–707.
- Posner, Richard A.*, Torture, Terrorism, and Interrogation. In: Sanford Levinson (ed.), *Torture: A Collection*. Oxford 2004, S. 191–298.
- Preu, Peter*, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. JZ 1991, 265–271.
- Price, Terry L.*, Faultless Mistake of Fact: Justification or Excuse. 2 Crim. Just. Ethics 1993, 14–28.
- Prittwitz, Cornelius*, Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat. In: Holm Putzke (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag*. Tübingen 2008, S. 515–538.
- Przygodda, Bernd-Joachim*, Schusswaffengebrauch bei der Bundeswehr. NZWehrr 1968, 143–146.
- Puppe, Ingeborg*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1: Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld. 1. Aufl. Baden-Baden 2002.
- Zur Struktur der Rechtfertigung. In: Friedrich Dencker u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg 1993, S. 183–201.
- Quigley, John*, International Limits on Use of Force to Elicit Confessions: A Critique of Israel's Policy on Interrogation. 14 Brook. J. Int'l L. 1988, 485–502.
- Quoirin, Marianne*, Eine Selbstverständlichkeit: Das Folterverbot. DriZ 2003, 114.
- Quong, Jonathan*, Killing in Self-Defense. 119 Ethics 2009, 507–537.
- Radack, Jesselyn*, Tortured Legal Ethics: The Role of the Government Advisor in the War on Terrorism. 77 U. Colo. L. Rev. 2006, 1–48.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe. Hrsg. Ralf Dreier/Stanley L. Paulson. 2. Aufl. Heidelberg 2003.
- Rakowski, Eric*, Taking and Saving Lives. 93 Colum. L. Rev. 1993, 1063–1156.
- Rao, Neomi*, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law. 14 Colum. J. Eur. L. 2008, 201–255.
- Raviv, Adam*, Torture and Justification: Defending the Indefensible. 13 Geo. Mason L. Rev. 2004, 135–181.
- Rawls, John*, Eine Theorie der Gerechtigkeit. Übersetzt von Hermann Vetter. Frankfurt a.M. 1979.
- A Theory of Justice. Cambridge, Massachusetts, London 1971.
- Reemtsma, Jan Philipp*, Zur Diskussion über die Re-Legitimierung der Folter. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*. München 2006, S. 69–73.
- Folter im Rechtsstaat? Hamburg 2005.
- Reeve, Benjamin*, Necessity: The Right to Present a Recognized Defense. 21 New Eng. L. Rev. 1985–1986, 779–815.

- Reichman, Amnon*, “When We Sit to Judge We Are Being Judged”: The Israel GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation. 9 *Cardozo J. Int’l and Comp. L.* 2001, 41–103.
- Reinbacher, Tobias*, Das Strafrechtssystem der USA. Berlin 2010.
- Reisman, W. Michael*, U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker. 89 *Am. J. Int’l L.* 1995, 341–362.
- Rengeling, Hans-Werner*, Gesetzgebungszuständigkeit. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI. 3. Aufl. Heidelberg 2008, S. 567–742 (§ 135).
- Rengier, Rudolf*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München 2012.
- Strafrecht Besonderer Teil II. 12. Aufl. München 2011.
- Renzikowski, Joachim*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.4.2000 – 1 StR 638/99. *JR* 2001, 248–250.
- Notstand und Notwehr. Berlin 1994.
- Resnik, Judith/Suk, Julie Chi-hye*, Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conception of Sovereignty. 55 *Stan. L. Rev.* 2003, 1921–1962.
- Richards, David A.J.*, Self-Defense and Relations of Domination: Moral and Legal Perspectives on Battered Women Who Kill. Introduction. 57 *U. Pitt. L. Rev.* 1996, 461–475.
- Riggs, Kate/Blakeley, Richard/Marwaha, Jasmine*, Prolonged Mental Harm: The Torturous Reasoning behind a New Standard for Psychological Abuse. 20 *Harv. Hum. Rts. J.* 2007, 263–292.
- Ripstein, Arthur*, Self-Defense and Equal Protection. 57 *U. Pitt. L. Rev.* 1996, 685–724.
- Robinson, Paul H.*, Justification Defenses in Situations of Unavoidable Uncertainty: A Reply to Professor Ferzan. 24 *L. & Phil.* 2005, 775–784.
- Prohibited Risks and Culpable Disregard or Inattentiveness: Challenge and Confusion in the Formulation of Risk-Creation Offenses. 4 *Theoretical Inq. L.* 2003, 367–396.
- The Bomb Thief and the Theory of Justification Defenses. 8 *Crim. L. Forum* 1997, 387–409.
- Structure and Function in Criminal Law. New York 1997.
- Competing Theories of Justification: Deeds vs. Reasons. In: A.P. Simester/A.T.H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*. Oxford 1996, S. 45–70.
- Criminal Law Defenses, Bd. 1 & 2. St. Paul, Minnesota 1984.
- Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis. 82 *Colum. L. Rev.* 1982, 199–291.
- A Theory of Justification: Social Harm as a Prerequisite for Criminal Liability. 23 *UCLA L. Rev.* 1975, 266–292.
- Robinson, Paul H./Darley, John M.*, Testing Competing Theories of Justification. 76 *N.C. L. Rev.* 1998, 1095–1143.
- Robinson, Paul H./Dubber, Markus D.*, The American Model Penal Code: A Brief Overview. 10 *New Crim. L. Rev.* 2007, 319–341.

- Rogall, Klaus*, Ist der Abschuss gekappter Flugzeuge widerrechtlich? *NStZ* 2008, 1–5.
- Bemerkungen zur Aussageerpressung. In: Klaus Rogall u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied 2004, S. 511–542.
- Römpf, Georg*, Hegel leicht gemacht: Eine Einführung in seine Philosophie. Köln u.a. 2008.
- Rönnau, Thomas*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht. *Jura* 2002, 665–675.
- Roos, Jürgen/Lenz, Thomas*, *Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz*. 4. Aufl. Stuttgart u.a. 2011.
- Rorty, Richard*, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*. Übersetzt von Christa Krüger. Frankfurt a.M. 1989.
- Rosenau, Hartmut*, Heiligt der Zweck die Mittel? In: Heribert Ostendorf (Hrsg.), *Folter: Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit*. Münster 2005, S. 35–51.
- Rottmann, Frank*, Das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab verfassungskonformer Auslegung. In: Helmut Goerlich (Hrsg.), *Staatliche Folter*. Paderborn 2007, S. 75–95.
- Rouillard, Louis-Philippe F.*, Misinterpreting the Prohibition of Torture under International Law: The Office of Legal Counsel Memorandum. 21 *Am. U. Int'l L. Rev.* 2005, 9–41.
- Roxin, Claus*, Rettungsfolter? In: Rainer Griesbaum (Hrsg.), *Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*. Berlin 2006, S. 205–217.
- Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl. München 2006.
- Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? In: Jörg Arnold (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München 2005, S. 461–471.
- Die notstandsähnliche Lage – ein Strafunrechtsausschließungsgrund? In: Rolf Dietrich Herzberg (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*. Köln u.a. 1985. S. 181–196.
- Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts. *ZStW* 93 (1981), 68–104.
- Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. In: Karl Lackner u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin, New York 1973, S. 241–259.
- Die provozierte Notwehrlage. *ZStW* 75 (1963), 541–590.
- Roxin, Imme*, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*. 3. Aufl. München 2000.
- Ruder, Karl-Heinz/Schmitt, Steffen*, *Polizeirecht Baden-Württemberg*. 7. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. In: Gerhard Dornseifer u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln u.a. 1989. S. 371–397.
- Ruland, Franz*, *Solidarität*. *NJW* 2002, 3518–3519.

- Rumney, Philip N.S.*, Is Coercive Interrogation of Terrorist Suspects Effective? A Response to Bagaric and Clarke. 40 U.S.F. L. Rev. 2006, 479–513.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Sachs Kommentar zum Grundgesetz. 6. Aufl. München 2011 (zit. *Sachs-Bearbeiter*).
- Saliger, Frank*, Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. ZStW 116 (2004), 35–65.
- Sandefur, Timothy*, In Defense of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule. 35 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 2012, 283–350.
- Sattler, Henriette*, Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung – Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz. NVwZ 2004, 1286–1291.
- Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar. Köln 2009 (zit. *S/S/W-Bearbeiter*).
- Sauer, Wilhelm*, Allgemeine Strafrechtslehre: 2. Auflage der Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1949.
- Grundlagen des Strafrechts: nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie. Berlin 1921.
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard*, Praxis der Strafzumessung. 4. Aufl. München 2008.
- Schaefer, Hans Christoph*, Grenzen erlaubter polizeilicher Ermittlungstätigkeit. StV 2004, 212–217.
- Freibrief. NJW 2003, 947.
- Schaffstein, Friedrich*, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates. In: Walter Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder. München 1978, S. 97–118.
- Notwehr und Güterabwägungsprinzip. MDR 1952, 132–136.
- Scharnweber, Hans-Uwe*, Warum Daschner sich strafbar gemacht hat. Kriminalistik 2005, 161–165.
- Schauer, Frederick*, Commensurability and Its Constitutional Consequences. 45 Hastings L.J. 1994, 785–812.
- Scheid, Georg Maria*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben). Aachen 2000.
- Scheler, Max*, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Gesammelte Werke, Bd. 2. 5. Aufl. Bern, München 1966.
- Scheller, Eva*, Das verdrängte Entsetzen. NJW 2009, 705–712.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht. 7. Aufl. Heidelberg u.a. 2011.
- Rechtsschutz gegen doppel funktionale Maßnahmen der Polizei. NJW 2011, 2838–2844.
- Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG. NJW 2006, 736–739.

- Das Luftsicherheitsgesetz und das Recht der Gefahrenabwehr – Kompetenzen, Prognosen und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. In: Fredrik Roggan (Hrsg.), Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch. Berlin 2006, S. 75–88.
- Schild, Wolfgang*, Folter(androhung) als Straftat. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 59–82.
- Folter einst und jetzt. In: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Bochum 2005, S. 69–93.
- Schlag, Pierre*, Rules and Standards. 33 UCLA L. Rev. 1985, 379–430.
- Schlehofer, Horst*, Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt? GA 1999, 357–364.
- Schlenzka, Jasmin*, Die Rettungsfolter in Deutschland und Israel – ein Rechtsvergleich. München 2011.
- Schmalenbach, Kirsten*, Die Beurteilung von grenzüberschreitenden Militäreinsätzen gegen den internationalen Terrorismus aus völkerrechtlicher Sicht. NZWehr 2000, 177–188.
- Schmelter, Jürgen*, Solidarität: Die Entwicklungsgeschichte eines sozialetischen Schlüsselbegriffs. München 1991.
- Schmidt, Joachim*, Nochmals: Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch. NJW 1973, 449–450.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Die Begründung der Notwehr. GA 1991, 97–139.
- Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Tübingen 1984.
- Über die Wertstruktur der Notwehr. In: Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen 1970, S. 185–199.
- Schmidt, Eberhard*, Anmerkung zu OGH f. d. Brit. Zone, Urteil vom 05.03.1949 – StS 19/49. SJZ 1949, Sp. 559–570.
- Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“. ZStW 49 (1929), 350–411.
- Schmidt, Rolf*, Bremisches Polizeigesetz. Kommentar. Bremen 2006.
- Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz. Hrsg. Hans Hofmann. 12. Aufl. Köln 2011 (zit. Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau-Bearbeiter).
- Schmidt-Jortzig, Edzard*, Verfassungsänderung für Bundeswehreinätze im Innern Deutschlands? DÖV 2002, 773–778.
- Schmitz, Heike*, „Rettungsfolter“ zwischen Fiktion und Wirklichkeit – die Diskussion über ihre Zulässigkeit unter Rückgriff auf „ticking-bomb-Szenarien“. In: Karsten Altenhain/Reinhold Göring/Johannes Kruse (Hrsg.), Die Wiederkehr der Folter? Göttingen 2013, S. 269–307.
- Scholz, Michael*, Staatliches Selbstverteidigungsrecht gegen terroristische Gewalt. Berlin 2006.
- Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch. Gesamtedaktion: Albin Eser. 28. Aufl. München 2010 (zit. Schönke/Schröder-Bearbeiter).

- Schopp, Robert F.*, Justification Defenses and Just Convictions. 24 Pac. L. J. 1993, 1233–1321.
- Schopp, Robert F./Sturgis, Barbara J./Sullivan, Megan*, Battered Woman Syndrome, Expert Testimony, and the Distinction between Justification and Excuse. U. Ill. L. Rev. 1994, 45–113.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Meinungen zur „Folterdiskussion“. ZRP 2003, 180.
- Der Begriff der Folter. In: Nestor Courakis (Hrsg.), Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis. Athen, Komotini 2001, S. 983–1003.
 - Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen. ZStW 106 (1994), 565–580.
- Schröder, Horst*, Anmerkung zu KG, Urteil vom 31.08.1972 – (2) Ss 70/72 (27/72). JR 1973, 73–75.
- Schroth, Ulrich*, Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen. NJW 1984, 2562–2564.
- Schulz, Joachim*, Das Folterverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention und seine Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 77–92.
- Schulze, Michaela*, Solidarität – Die Basis gesellschaftlicher Kohäsion. In: Maya Becker/Reba Krätschmer-Han (Hrsg.), Fundamente sozialen Zusammenhalts: Mechanismen und Strukturen gesellschaftlicher Prozesse. Frankfurt a.M., New York 2010, S. 230–243.
- Schünemann, Bernd*, Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco. GA 2007, 644–647.
- Schütze, Theodor Reinhold*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. 2. Aufl. Leipzig 1874.
- Schwabe, Jürgen*, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln. NJW 1977, 1902–1907.
- Probleme der Grundrechtsdogmatik. Darmstadt 1977.
 - Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts. JZ 1974, 634–639.
- Schwartz, Stephen S.*, Is There a Common Law Necessity Defense in Federal Criminal Law? 75 U. Chi. L. Rev. 2008, 1259–1293.
- Schweitzer, Michael*, Staatsrecht III. 10. Aufl. Heidelberg 2010.
- Sears, Kenneth C./Weihofen, Henry*, May’s Law of Crimes. 4. Aufl. Boston 1938.
- Seebode, Manfred*, Strafrechtliche Bemerkungen zum Folterverbot. In: Helmut Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter. Paderborn 2007, S. 51–73.
- Gezielt tödlicher Schuß de lege lata et ferenda. StV 1991, 80–85.
- Segev, Re’em*, Moral Justification, Administrative Power and Emergencies. 53 Clev. St. L. Rev. 2005-06, 629–656.
- Fairness, Responsibility and Self-Defense. 45 Santa Clara L. Rev. 2005, 383–460.
- Seidman, Louis Michael*, Torture’s Truth. 72 U. Chi. L. Rev. 2005, 881–918.
- Sepper, Elizabeth*, The Ties that Bind: How the Constitution Limits the CIA’s Actions in the War on Terror. 81 N.Y.U. L. Rev. 2006, 1805–1843.

- Shein, Mary A.*, The Privilege Against Self-Incrimination Under Siege: *Asherman v. Meachum*. 59 *Brook. L. Rev.* 1993, 503–549.
- Shih, Chung-shan*, Gerechtigkeit bei Rawls und Habermas: Eine vergleichende Darstellung. Berlin 2004.
- Shue, Henry*, Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb. 37 *Case W. Res. J. Int'l L.* 2006, 231–239.
- Torture. In: Sanford Levinson (ed.), *Torture: A Collection*. Oxford 2004, S. 47–60.
 - Responses. 50 *Dissent* 2003, 90–93.
 - Torture. 7 *Phil. & Pub. Aff.* 1978, 124–143.
- Siegert, Karl*, Notstand und Putativnotstand. Tübingen 1931.
- Silker, Elizabeth*, Terrorists, Interrogation, and Torture: Where Do We Draw the Line? 31 *J. Legis.* 2004, 191–215.
- Simeone, Joseph J.*, “Survivors” of the Eternal Sea: A Short True Story. 45 *St. Louis U. L.J.* 2001, 1123–1149.
- Simon, Dirk*, Präzeptoraler Sicherheitsstaat und Risikovorsorge. Frankfurt a.M. 2009.
- Simons, Kenneth W.*, Exploring the Intricacies of the Lesser Evils Defense. 24 *L. & Phil.* 2005, 645–679.
- Singer, Peter*, *Practical Ethics*. 2. Aufl. New York 1993.
- *Praktische Ethik*. Aus dem Englischen übersetzt von Jean-Claude Wolf. Stuttgart 1984.
- Sittard, Ulrich/Ulbrich, Martin*, Neuer Anlauf zu einem Luftsicherheitsgesetz – Ein Schuss in die Luft? *NZWehr* 2007, 60–69.
- Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Das Luftsicherheitsgesetz. *JuS* 2005, 432–436.
- Skinner, Gwynne*, Customary International Law, Federal Common Law, and Federal Court Jurisdiction. 44 *Val. U. L. Rev.* 2010, 825–846.
- Sklansky, David Alan*, Work and Authority in Policing. In: Markus D. Dubber/Mariana Valverde (eds.), *Police and the Liberal State*. Stanford, California 2008, S. 110–135.
- Smith, Keith* u.a., *The Oxford History of the Laws of England*, Bd. XIII (1820–1914). New York 2010.
- Sodan, Helge* (Hrsg.), *Grundgesetz, Beck'scher Kompakt-Kommentar*. 2. Aufl. München 2011 (zit. *Sodan-Bearbeiter*).
- Sonderegger, Linus*, Die Rückkehr der Folter? Anwendung von Zwang bei der Vernehmung im deutschen und US-amerikanischen Recht. Berlin 2012.
- Spendel, Günter*, Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht: Eine notwendige Kritik. *RuP* 2006, 131–135.
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.10.1993 – 5 StR 493/93. *NStZ* 1994, 279–280.
 - Anmerkung zu BayObLG, Beschluß vom 13.12.1990. *JR* 1991, 250.
 - Der *Conditio-sine-qua-non*-Gedanke als Strafmilderungsgrund: Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre. In: Paul Bockelmann (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt a.M. 1969, S. 509–527.

- Spirakos, Dimitris*, Folter als Problem des Strafrechts. Frankfurt a.M. 1990.
- Spiro, Peter J.*, Globalization and the (Foreign Affairs) Constitution. 63 Ohio St. L.J. 2002, 649–730.
- Stacy, Tom*, Acts, Omissions, and the Necessity of Killing Innocents. 29 Am. J. Crim. L. 2002, 481–520.
- Stammler, Rudolf*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. Erlangen 1878.
- Starck, Christian*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 (BVerfGE 115, 118). JZ 2006, 417–419.
- Stauder, Stefan*, Die allgemeinen defenses des New York Penal Law. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Frankfurt a.M. 1999.
- Stein, Alexander*, Das Verbot der Folter im internationalen und nationalen Recht. Hamburg 2007.
- Steinhardt, Ralph G.*, The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction. 43 Vand. L. Rev. 1990, 1103–1197.
- Laying One Bankrupt Critique to Rest: *Sosa v. Alvarez-Machain* and the Future of International Human Rights Litigation in U.S. Courts. 57 Vand. L. Rev. 2004, 2241–2301.
- Steinhoff, Uwe*, Warum Foltern manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist. In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 173–197.
- Steinig, Karsten*, Darf die Bundeswehr im Katastrophenfall Aufgaben der Polizei der Länder wahrnehmen? NZWehr 2009, 13–19.
- Steinke, Wolfgang*, Kann die Androhung von Gewalt straflos sein? Kriminalistik 2004, 325–328.
- Stephan, Ulrich/Deger, Johannes*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg. Kommentar. 6. Aufl. Stuttgart 2009.
- Stephen, James Fitzjames*, A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments). London 1877.
- A History of the Criminal Law of England, Bd. II. London 1883.
- SternjØ, Steinar*, Solidarity in Europe. The History of an Idea. Cambridge u.a. 2004.
- Stevenson, Dru*, Effect of the National Security Paradigm on Criminal Law. 22 Stan. L. & Pol’y Rev. 2011, 129–175.
- Stewart, David P.*, The Torture Convention and the Reception of International Criminal Law within the United States. 15 Nova L. Rev. 1991, 449–474.
- Stobbe, Heinz-Günther*, Die Unmenschlichkeit der Folter. In: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. München 2006, S. 36–44.
- Stohrer, Klaus*, Die zwangsweise Durchsetzung staatlicher Auskunftsansprüche gegenüber Privaten. BayVBl. 2005, 489–496.
- Stoller, Sarah E./Wolpe, Paul Root*, Emerging Neurotechnologies for Lie Detection and the Fifth Amendment. 33 Am. J.L. & Med. 2007, 359–375.

- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat. 6. Aufl. Köln 2011.
- Strauss, Marcy*, Torture. 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 2003, 201–274.
- Stübinger, Stephan*, Zur Diskussion um die Folter. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt a.M. 2007, S. 277–314.
- Stuntz, William J.*, Christian Legal Theory. 116 Harv. L. Rev. 2003, 1707–1749.
- Local Policing After the Terror. 111 Yale L.J. 2002, 2137–2194.
- Sucharitkul, Sompong*, Jurisdiction, Terrorism and the Rule of International Law. 32 Golden Gate U.L. Rev. 2002, 311–323.
- Suleman, Arsalan M.*, Recent Developments: Detainee Treatment Act of 2005. 19 Harv. Hum. Rts. J. 2006, 257–265.
- Sung, Chanterelle*, Torturing the Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Judicially Sanctioned Torture in the Context of Terrorism. 23 B.C. Third World L.J. 2003, 193–212.
- Sunstein, Cass R.*, Fear and Liberty. 71 Soc. Res. 2004, 967–996.
- Sussman, David*, What’s Wrong with Torture? 33 Phil. & Pub. Aff. 2005, 1–33.
- Sydow, Fritz*, Forum: § 34 StGB – kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978, 222–225.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Hrsg. Jürgen Wolter. 8. Aufl. 131. Lieferung. Köln 2012 (zit. SK-Bearbeiter).
- Teifke, Nils*, Das Prinzip Menschenwürde: Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen. Tübingen 2011.
- Tenfelde, Klaus*, Arbeiterschaft, Solidarität und Arbeiterbewegung. Kommentar zum Beitrag von Karl H. Metz. In: Kurt Bayertz (Hrsg.), *Solidarität: Begriff und Problem*. Frankfurt a.M. 1998, S. 195–201.
- Thomas III, George C.*, Separated at Birth but Siblings Nonetheless: Miranda and the Due Process Notice Cases. 99 Mich. L. Rev. 2001, 1081–1120.
- Thorburn, Malcolm*, Criminal Law as Public Law. In: R.A. Duff/Stuart P. Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York 2011, S. 21–43.
- The Constitution of Criminal Law: Justifications, Policing and the State’s Fiduciary Duties. 5 Crim. L. & Phil. 2011, 259–276.
- Justifications, Powers, and Authority. 117 Yale L.J. 2008, 1070–1130.
- Tiedemann, Paul*, Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung. Berlin 2007.
- Tietje, Christian/Nowrot, Karsten*, Völkerrechtliche Aspekte militärischer Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus. NZWehr 2002, 1–18.
- Trapp, Rainer*, Wirklich „Folter“ oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung? In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?* Paderborn 2006, S. 95–134.
- Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung? Paderborn 2006.

- Turley, Jonathan*, Dualistic Values in the Age of International Legisprudence. 44 *Hastings L.J.* 1993, 185–272.
- Twining, W.L./Twining, P.E.*, Bentham on Torture. 24 *N. Ir. L. Q.* 1973, 305–356.
- Ulbrich, Stefan*, Die normative Kraft der Bilder: Zur Funktion des Bildhaften in der Diskussion über die Zulässigkeit staatlicher Folter. In: Peter Nitschke (Hrsg.), *Rettenungsfolter im modernen Rechtsstaat?* Bochum 2005, S. 119–132.
- Ulbrich, J. Trevor*, Tortured Logic: The (Il)legality of United States Interrogation Practices in the War on Terror. 4 *Nw. U. J. Int'l Hum. Rts.* 2005, 210–237.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.), *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch*. Heidelberg 2002.
- Uniacke, Suzanne*, Self-Defense and Natural Law. 36 *Am. J. Juris.* 1991, 73–101.
- Unruh, Peter*, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin 1996.
- van Rienen, Rafael*, *Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts. Die Grenzen privater Rechtsverteidigung und das staatliche Gewaltmonopol*. Baden-Baden 2009.
- Vázquez, Carlos Manuel*, Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties. 122 *Harv. L. Rev.* 2008, 599–695.
- Laughing at Treaties. 99 *Colum. L. Rev.* 1999, 2154–2217.
- Verrel, Torsten*, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz. *JZ* 1996, 224–231.
- Vidal, William*, Isolationism Exposed: The Evolution of the Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment Standard in the United States since 2001. 2 *Interdisc. J. Hum. Rts. L.* 2007, 1–32.
- Viens, David*, Say No More: Police Coercion of Self-incriminating Statements Alone Not Violative of Self-Incrimination Clause – *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760 (2003). 38 *Suffolk U. L. Rev.* 2004, 223–229.
- Viner, Steve*, Self-Defense, Punishing Unjust Combatants and Justice in War. 4 *Crim. L. & Phil.* 2010, 297–319.
- Vischer, Robert K.*, Legal Advice as Moral Perspective. 19 *Geo. J. Legal Ethics* 2006, 225–273.
- Vitzthum, Wolfgang Graf* (Hrsg.), *Völkerrecht*. 4. Aufl. Berlin 2007.
- Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff. *JZ* 1985, 201–209.
- Volkman, Uwe*, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*. Tübingen 1998.
- von Arnould, Andreas*, *Völkerrecht*. Heidelberg u.a. 2012.
- von Bar, Ludwig*, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Bd. III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz. Berlin 1909.
- von Bernstorff, Jochen*, *Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie*. *Der Staat* 2008, 21–40.
- von Buri, Maximilian*, *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*. Leipzig 1894.

- Notstand und Notwehr. GerS 30 (1878), 434–476.
- von *Feuerbach, AnselmRitter*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 12. Aufl. Gießen 1836.
- von *Grolman, Karl*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 4. Aufl. Gießen 1825.
- von *Heitschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar. München 2010 (zit. v. *Heitschel-Heinegg-Bearbeiter*).
- von *Liszt, Franz*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21. und 22. Aufl. Berlin, Leipzig 1919.
- von *Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz. Hrsg. Christian Starck. 6. Aufl. München 2010 (zit. v. *Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter*).
- von *Münch/Kunig*, Grundgesetz Kommentar. Hrsg. Philip Kunig. 5. Aufl. München 2000 ff. (zit. v. *Münch/Kunig-Bearbeiter*).
- von *der Pfordten, Dietmar*, Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt? In: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Paderborn 2006, S. 149–172.
- Prinzipien der Notwehr. In: Knut Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber. Heidelberg 2003, S. 359–373.
- von *Tuhr, Andreas*, Der Notstand im Civilrecht. Heidelberg 1888.
- von *Weber, Helmut*, Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipzig 1925.
- von *Winterfeld, Achim*, Der Todesschuss der Polizei. NJW 1972, 1881–1884.
- Wagenländer, Georg*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter. Berlin 2006.
- Wagner, Heinz*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung. Berlin 1984.
- Wahl, Rainer/Masing, Johannes*, Schutz durch Eingriff. JZ 1990, 553–563.
- Waldron, Jeremy*, Torture, Terror, and Trade-Offs. New York 2010.
- Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. 105 Colum. L. Rev. 2005, 1681–1750.
- Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts. 88 Cal. L. Rev. 2000, 711–749.
- Walker, Nigel*, Crime and Insanity in England, Bd. 1: The Historical Perspective. Edinburgh 1968.
- Wallerstein, Shlomit*, Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences. 91 Va. L. Rev. 2005, 999–1035.
- Walzer, Michael*, Political Action: The Problem of Dirty Hands. 2 Phil. & Pub. Aff. 1973, 160–180.
- Wandscher, Christiane*, Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht. Berlin 2006.
- Warda, Günter*, Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr. Strittiges in der aktuellen Diskussion. GA 1996, 405–423.

- Wassermann, Rudolf* (Gesamtherausgeber), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 3. Aufl. Neuwied und Kriftel 2001.
- Waxman, Matthew C.*, Police and National Security: American Local Law Enforcement and Counterterrorism After 9/11. 3 J. Nat'l Sec. L. & Pol'y 2009, 377–407.
- Weber, Ulrich*, Rezension von Günther, Hans-Ludwig: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. JZ 1984, 276–278.
- Weigend, Thomas*, Anmerkung zu LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 9.4.2003. StV 2003, 436–441.
- Weilert, Anja Katarina*, Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen. Berlin, Heidelberg 2009.
- Weissbrodt, David/Heilman, Cheryl*, Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment. 29 Law & Ineq. 2011, 343–394.
- Welsch, Harald*, Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats? BayVBl. 2003, 481–488.
- Wendel, W. Bradley*, Legal Ethics and the Separation of Law and Morals. 91 Cornell L. Rev. 2005, 67–128.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 42. Aufl. Heidelberg u.a. 2012.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael*, Strafrecht Besonderer Teil 1. 35. Aufl. Heidelberg u.a. 2011.
- Weßlau, Edda*, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechenopfern und das Verbot der Folter. In: Norman Paech u.a. (Hrsg.), Völkerrecht statt Machtpolitik. Hamburg 2004, S. 390–410.
- Westen, Peter*, Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law. 2 Crim. L. & Phil. 2008, 137–162.
- An Attitudinal Theory of Excuse. 25 L. & Phil. 2006, 289–375.
- Westen, Peter/Mangiafico, James*, The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse – And Why It Matters. 6 Buff. Crim. L. Rev. 2003, 833–950.
- Welzel, Hans*, Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung. 9. Aufl. Berlin 1965.
- Zum Notstandsproblem. ZStW 63 (1951), 47–56.
- Anmerkung zu OGH, Urteil vom 5.3.1949 – StS 19/49. MDR 1949, 373–376.
- Wharton, Francis*, Philosophy of Criminal Law. Philadelphia 1880.
- Wiefelspütz, Dieter*, Vorschlag zur Neufassung des Art. 35 GG. ZRP 2007, 17–20.
- Sicherheit vor den Gefahren des internationalen Terrorismus durch den Einsatz der Streitkräfte? NZWehrr 2003, 45–64.
- Wildt, Andreas*, Solidarität – Begriffsgeschichte und Definition heute. In: Kurt Bayertz (Hrsg.), Solidarität: Begriff und Problem. Frankfurt a.M. 1998, S. 11–53.
- Wilhelm, Jens Ph.*, Folter – verboten, erlaubt oder gar geboten? Die Polizei 2003, 198–207.

- Wilkesmann, Peter*, Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs. NVwZ 2002, 1316–1322.
- Will, Rosemarie*, Die Menschenwürde: Zwischen Versprechen und Überforderung. In: Fredrik Roggan (Hrsg.), Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch. Berlin 2006, S. 29–44.
- Winkler, Frank*, Bedingt abwehrbereit? Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen auf Kosten Unschuldiger am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzes. Stuttgart u.a. 2007.
- Winkler, Daniela*, Die Systematik der grundgesetzlichen Normierung des Bundeswehrein-satzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG. DÖV 2006, 149–158.
- Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes. NVwZ 2006, 536–538.
- Wittreck, Fabian*, Achtungs- gegen Schutzpflicht? In: Ulrich Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicher-heit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen. Ber-lin 2005, S. 161–190.
- Menschenwürde als Foltererlaubnis? In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges In-strument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 37–57.
- Menschenwürde und Folterverbot – Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbar-keit des Art. 1 Abs. 1 GG. DÖV 2003, 873–882.
- Witzstrock, Heike*, Einführung des polizeilichen Todesschusses? ZRP 2004, 31.
- Wohlens, Wolfgang*, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhält-nisse. JZ 1999, 434–442.
- Wolbert, Werner*, Ausnahmsloses Verbot der Folter? Eine moraltheologische Sicht. In: Günter Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich. Weimar 2005, S. 83–94.
- Wolfslast, Gabriele*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung. Köln u.a. 1995.
- Wolter, Jürgen*, Menschenwürde, Kernbereich privater Lebensgestaltung und Recht auf Leben. In: Michael Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Ge-burtstag. Heidelberg 2007, S. 707–722.
- Wössner, Marion*, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA. Berlin 2006.
- Württemberg, Thomas/Heckmann, Dirk*, Polizeirecht in Baden-Württemberg. 6. Aufl. Heidelberg 2005.
- Zaczyk, Rainer*, Das Unrecht der versuchten Tat. Berlin 1989.
- Ziegler, Ole*, Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis – Der „Fall Daschner“ als Beleg für die rechtsstaatliche Absolutheit des Folterverbotes. KritV 2004, 50–66.
- Zieschang, Frank*, Tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachen und Art. 2 II a EMRK. GA 2006, 415–419.
- Zimmermann, Theo*, Die Gefahrgemeinschaft als Rechtfertigungsgrund. MDR 1954, 147–149.
- Zimmermann, Till*, Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand. Baden-Baden 2009.

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie. 6. Aufl. München 2011.

Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht. 32. Aufl. München 2008.

Zoglauer, Thomas, Tödliche Konflikte: Moralisches Handeln zwischen Leben und Tod. Stuttgart 2007.

zu *Dohna, Alexander Graf*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.

Zuck, Rüdiger, Wie führt man eine Debatte? Die Embryonennutzung und die Würde des Menschen (Art. 1 I GG). NJW 2002, 869.

Zuckerman, Adrian A. S., Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth. 23 Isr. L. Rev. 1989, 357–374.

Zürcher, Markus Daniel, Solidarität, Anerkennung und Gemeinschaft: Zur Phänomenologie, Theorie und Kritik der Solidarität. Tübingen 1998.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Veröffentlichungsprogramm:

- S 139 *Susanne Rheinbay*
Die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft
2014 • 347 Seiten • ISBN 978-3-86113-819-8 € 35,00
- S 138 *Sarah Herbert*
Grenzen des Strafrechts bei der Terrorismusgesetzgebung
Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England
2014 • 300 Seiten • ISBN 978-3-86113-820-4 € 35,00
- S 137 *Nadine Zurkinder*
Joint Investigation Teams
Chancen und Grenzen von gemeinsamen Ermittlungsgruppen
in der Schweiz, Europa und den USA
2013 • 396 Seiten • ISBN 978-3-86113-821-1 € 41,00
- S 136 *Nico Herbert*
Strafrechtlicher Schutz von EU-Subventionen
Reichweite und Grenzen in Deutschland, Österreich und
England am Beispiel nicht wirtschaftsfördernder
Subventionen
2013 • 320 Seiten • ISBN 978-3-86113-823-5 € 38,00
- S 135 *Nandor Knust*
Strafrecht und Gacaca
Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells
am Beispiel des ruandischen Völkermordes
2013 • 423 Seiten • ISBN 978-3-86113-824-2 € 41,00
- S 134 *Mayeul Hiéramente*
Internationale Haftbefehle in noch andauernden Konflikten
Rechtliche Rahmenbedingungen bei strafrechtlicher
Intervention externer Akteure
2013 • 332 Seiten • ISBN 978-3-86113-825-9 € 35,00
- S 132 *Lautaro Contreras*
**Normative Kriterien zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten
des Produzenten**
Eine rechtsvergleichende Analyse aus der Perspektive
Deutschlands und Spaniens
2012 • 280 Seiten • ISBN 978-3-86113-829-7 € 35,00
- S 130 *Hans-Georg Koch (Hrsg.)*
Wegsperrern?
Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche,
strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter
Internationaler Vergleich – Kriminologische Perspektiven
2011 • 545 Seiten • ISBN 978-3-86113-831-0 € 52,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Veröffentlichungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 1.1: Introduction to National Systems
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 2.1: General limitations on the application
of criminal law
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.3.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 3.1: Defining criminal conduct
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 114.1 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
– Allgemeiner Teil –
Band 1: Grundlagen
2009 • 790 Seiten • ISBN 978-3-86113-849-5 € 55,00
- S 114.2 Band 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungs-
bereich – Begriff und Systematisierung der Straftat
2008 • 470 Seiten • ISBN 978-3-86113-860-0 € 41,00
- S 114.3 Band 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite –
Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung
2008 • 490 Seiten • ISBN 978-3-86113-859-4 € 41,00
- S 114.4 Band 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen,
Verbänden und anderen Kollektiven
2010 • 527 Seiten • ISBN 978-3-86113-842-6 € 45,00
- S 114.5 Band 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit –
Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung
2010 • 718 Seiten • ISBN 978-3-86113-841-9 € 55,00



Auswahl aktueller Publikationen aus dem kriminologischen Veröffentlichungsprogramm:

- K 165 *Daniela Cernko*
Die Umsetzung der CPT-Empfehlungen im deutschen Strafvollzug
Eine Untersuchung über den Einfluss des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe auf die deutsche Strafvollzugsverwaltung
Berlin 2014 • 455 Seiten • ISBN 978-3-86113-246-2 € 39,-
- K 164 *Franziska Kunz*
Kriminalität älterer Menschen
Beschreibung und Erklärung auf der Basis von Selbstberichtsdaten
Berlin 2014 • 387 Seiten • ISBN 978-3-86113-244-8 € 35,-
- K 163 *David Jensen*
Maras
A study of their origin, international impact, and the measures taken to fight them
Berlin 2013 • 245 Seiten • ISBN 978-3-86113-243-1 € 35,-
- K 161 *Gunda Wößner, Roland Hefendehl, Hans-Jörg Albrecht* (Hrsg.)
Sexuelle Gewalt und Sozialtherapie
Bisherige Daten und Analysen zur Längsschnittstudie „Sexualstraftäter in den sozialtherapeutischen Abteilungen des Freistaates Sachsen“
Berlin 2013 • 274 Seiten • ISBN 978-3-86113-241-7 € 35,-
- K 159 *Andreas Armborst*
Jihadi Violence
A study of al-Qaeda's media
Berlin 2013 • 266 Seiten • ISBN 978-3-86113-119-9 € 35,-
- K 158 *Martin Brandenstein*
Auswirkungen von Hafterfahrungen auf Selbstbild und Identität rechtsextremer jugendlicher Gewalttäter
Berlin 2012 • 335 Seiten • ISBN 978-3-86113-118-2 € 35,-
- K 157 *Ghassem Ghassemi*
Criminal Policy in Iran Following the Revolution of 1979
A Comparative Analysis of Criminal Punishment and Sentencing in Iran and Germany
Berlin 2013 • 265 Seiten • ISBN 978-3-86113-116-8 € 35,-
- K 156 *Gunther Olt*
Pressefreiheit im Kontext strafrechtlicher Ermittlungsmaßnahmen
Berlin 2013 • 265 Seiten • ISBN 978-3-86113-114-4 € 35,-
- K 155 *Anna-Maria Getoš*
Politische Gewalt auf dem Balkan
Schwerpunkt Terrorismus und Hasskriminalität: Konzepte, Entwicklungen und Analysen
Berlin 2012 • 330 Seiten • ISBN 978-3-86113-113-7 € 35,-