

Sabine Birken*

Wenn Paulinchen¹ mit dem Feuer spielt: das Folterverbot und die Erosionen des Rechtsstaats

A. Einleitung

„Demokratie und Rechtsstaat sind immer wieder Gefährdungen ausgesetzt. Einerseits können akute massenpsychologische Ängste und Stimmungen schnell zu Überreaktionen führen; andererseits droht die Einschränkung des liberalen Rechtsstaats durch eine überbordende staatliche Bürokratie. Manchmal zieht das eine das andere nach sich.“² Helmut Schmidt bringt es auf den Punkt. Seine feinsinnigen Mahnungen werden zu Recht auf vielfältigen Veranstaltungen beklatscht. Aber gehen sie auch in die Bewertungen des gesellschaftlichen Grundverständnisses ein?

Dieser Beitrag bringt zwei Ereignisse des beginnenden 21. Jahrhunderts in einen Zusammenhang, die auf den ersten Blick nichts miteinander zu tun haben. 2001 erschütterten die Terroranschläge des 11. September (im Folgenden: 9/11) die Welt. 2002 erschütterte der Fall Magnus Gaefgen, der 2004 die Verurteilung des ehemaligen stellvertretenden Frankfurter Polizeipräsidenten Wolfgang Daschner nach sich zog, vor allem die deutsche Öffentlichkeit. 9/11 war der Auslöser für seit dem Zweiten Weltkrieg einzigartige, weltweite Umbauten rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturen. Guantanamo, CIA-Foltergefängnisse, die Terrorliste der Vereinten Nationen³ sowie – noch erheblicher – die der Europäischen Union,⁴ weltweite Überwachungs- und Abhörmaßnahmen ohne Rechtsgrundlage, zumindest aber ohne tatsächliche rechtsstaatliche Kontrolle,⁵ sind nur einige Stichworte in diesem Zusammenhang.⁶ Freiheits- und Bürgerrechte, die in den Gesellschaften der westlichen Welt seit dem Zweiten Weltkrieg selbstverständlich schienen, werden in so drastischem Maße eingeschränkt, dass einem schwindlig werden müsste. Oder müssen diese Einschränkungen hingenommen werden, um ein „höheres Gut“, hier die - vermeintliche - Sicherheit vor Terroranschlägen, zu schützen?

Der Fall Gaefgen brachte laut Internetumfragen eine siebzigprozentige Zustimmung in der deutschen Bevölkerung für die Anordnung des damaligen stellvertretenden Polizeipräsidenten Daschner, dem Beschuldigten Gaefgen Folter anzudrohen, um das Leben des entführten Jakob von Metzler zu retten. Einmal abgesehen von der Frage, ob diese siebzig Prozent – seien sie nun repräsentativ oder auch nicht – die konkreten Hintergründe dieses Falles gut genug kennen, um sich ein reflektiertes Urteil bilden zu können: Dürfen in „Ausnahmefällen“ Freiheits- und Bürgerrechte eingeschränkt und darf damit vom Gesetz abgewichen werden, wenn es um die Verteidigung eines

„höheren Gutes“, hier das Leben eines entführten Kindes, geht? Liegt eine Gefahr in der Instrumentalisierung des Begriffs „höheres Gut“? Wer bestimmt die „Ausnahmen“? Und letztlich: Wer gewährleistet, dass derartige Einschränkungen „tatsächlich die Richtigen“ treffen?⁷

Ob 9/11 oder Gaefgen: In beiden Fällen werden Rufe nach Ausnahmen vom Folterverbot laut. Im einen Fall, um der gedachten, aber vorstellbaren Gefahr eines terroristischen Anschlags durch die Erlangung von Informationen zuvorzukommen; im anderen Fall, um das Leben eines Kindes zu retten. Die Diskussionen, auf die in diesem Beitrag eingegangen werden sollen, zeigen einen normativen Wandel⁸

* Sabine Birken ist Strafverteidigerin in Münster, Vorsitzende des Vereins zur Förderung der Jugendgerichtshilfe Münster e.V. sowie Mitglied des Bundesvorstands der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. (DGVN) in Berlin. Dem Landesverband Nordrhein-Westfalen der DGVN saß sie seit dessen Gründung am 01.09.2006 bis zum 21.09.2009 vor.

Sie dankt ihren Mitarbeitern Sebastian Jelkmann und Katharina Kühne für die Hilfe bei der Literaturrecherche sowie den Endkorrekturen des fertiggestellten Textes.

Für Lilien Anna Birken *20.09.2009 mit dem Wunsch zu Ihrem Geburtstag, dass Ihr Leben in friedlichen Bahnen verlaufen möge.

1 Nach: *Wilhelm Busch*, Die gar traurige Geschichte mit dem Feuerzeug, aus: *Der Struwwelpeter*, 400. Aufl., 1917.

2 *Schmidt*, Außer Dienst, 4. Aufl., 2008, S. 123 f.

3 Eingehend: *Macke*, Die Terrorlisten der Vereinten Nationen und der Europäischen Union, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigung, Band 32, S. 37 ff.

4 Sehr lesenswert: Darnstädt, Der globale Polizeistaat, 2009, S. 200, 205.

5 Der Richtervorbehalt, das heißt, die richterliche Anordnung zum Beispiel einer auf § 100aStPO basierenden Abhörmaßnahme läuft ins Leere, da der anordnende Ermittlungsrichter im weiteren Verfahren nicht mehr mit seiner Entscheidung befasst ist. In der Praxis werden derartige Genehmigungen überwiegend ohne ausreichende Prüfung des Einzelfalles erteilt, was auch durch die überbordende Arbeitsbelastung im Bereich der Justiz bedingt ist. In diesem Zusammenhang ist zu fordern, dass die Stellung des Richters gestärkt wird, der die Überwachung anordnet. Er muss für seine Entscheidung verantwortlich sein und auch dafür verantwortlich gemacht werden können.

6 Eine interessante Übersicht deutscher Sicherheits- und Überwachungsgesetze, ihres kritischen Inhalts und des Stimmverhaltens der Fraktionen im Deutschen Bundestag findet sich unter www.buergerrechte-waehlen.de/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=40.

7 Vgl. *Fremuth*, Private im Fadenkreuz des Sicherheitsrats, in „Vereinte Nationen“ 2009, S. 112, der anerkennt, „... dass die Bekämpfung des Terrorismus ein legitimes Ziel darstellt, das es zu rechtfertigen vermag, Menschenrechte wie das Recht auf Eigentum und Bewegungsfreiheit einzuschränken.“ (ebenda) Dabei setzt er voraus, dass die „Sanktionen tatsächlich die „Richtigen“ treffen“. (ebenda) Wie dies gewährleistet werden soll, bleibt unerwähnt.

8 *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, 2009, S. 29.

unseres gesellschaftlichen Wertekonsenses, unserer Alltagskultur. Am Ende dieses Beitrags soll die Antwort auf die Frage stehen, ob wir, was unseren Rechtsstaat angeht, in einer Welt leben, in der „Paulinchen“ mit dem Feuer spielt mit der gedachten, aber vorstellbaren Gefahr für *„Ein Häuflein Asche bleibt allein/ Und beide Schuh’, so hübsch und fein.“*⁹ Anders gesagt: Wird noch gezündelt oder steht der Rechtsstaat und mit ihm die Welt, in der wir zu leben glauben, schon in hellen Flammen?

Wir werden sehen. Zunächst zu den Grundlagen.

B. Das Folterverbot und der Rechtsstaat

I. Die unbedingte Geltung des Folterverbots

1. Völkerrechtliche Regelungen

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 (AEMR) formuliert die politisch-moralische Ächtung der Folter.¹⁰ Darüber hinaus ist Folter längst völkerrechtlich verboten.¹¹ Art. 3 EMRK¹² begründet von jedermann vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) einklagbare Rechte. Auf Art. 3 EMRK bezieht sich das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe von 1987. Weitere völkerrechtliche Folterverbote finden sich in Art. 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1962 (IPbPR) und in der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1984. Auf deren Grundlage sind Überwachungsmechanismen entstanden, die von den Vertragsstaaten periodisch vorzulegende Berichte überprüfen sowie Individualbeschwerden bearbeiten.¹³ Weiter sei hier der Internationale Straferichtshof in Den Haag (IStGH) erwähnt. Im Römischen Statut von 1998 ist die Zuständigkeit des IStGH für die Ahndung von Folter im Rahmen der Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit geregelt.¹⁴

Das Folterverbot kann im Gegensatz zu anderen Menschenrechten keine Einschränkungen erfahren. Es kann nicht gegen andere Menschenrechte konkret abgewogen werden oder - beispielsweise in der Situation eines Staatsnotstands - auch nur zeitweilig beschränkt werden.¹⁵ Das Folterverbot gilt sowohl in den Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen als auch in der EMRK ohne jede Einschränkung. In Art. 2 II der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen von 1984 heißt es: *„Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.“*¹⁶ Das Folterverbot ist ein absolutes Verbot!

2. Innerstaatliche Regelungen in Deutschland

Im innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland ist das absolute Folterverbot verfassungsrechtlich über die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 I 1 GG („Die Würde des Menschen ist unantastbar“) sowie über Art. 104 I 2 GG („Festgehaltene Personen dürfen weder körperlich noch seelisch misshandelt werden.“) Weiterhin wird das Folterverbot durch verschiedene Bestimmungen des deutschen Straf- und Strafprozessrechts im einfachen Recht abgesichert. So ist es Vorgesetzten gemäß § 357 StGB verboten, ihre Mitarbeiter zu rechtswidrigen Taten zu verleiten oder auch nur solche zu dulden. Aussagen, die unter der Androhung von Folter erpresst werden, sind gemäß § 136a StPO in einem Gerichtsverfahren nicht verwertbar. Aussageerpressung gemäß § 343 StGB stellt an sich eine Straftat (Amtsdelikt) dar und wird über das Strafmaß als Verbrechen eingestuft.

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Folterverbots in Art. 1 I 1 GG ist auf Art. 79 III GG hinzuweisen, die sogenannte Unantastbarkeits- oder auch Ewigkeitsgarantie¹⁷ als materielle Schranke für die verfassungsgebende Gewalt.¹⁸ Danach dürfen die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze noch nicht einmal im Wege der Verfassungsänderung berührt werden.

Das Folterverbot ein absolutes Verbot!

II. Die Relativierung des absoluten Folterverbots

Dennoch muss zur Kenntnis genommen und bewertet werden, dass die unbedingte Geltung des Folterverbotes zunehmend in Frage gestellt wird - und das nunmehr auch in demokratisch verfassten Gesellschaften wie Deutschland und den USA. Das Folterverbot wird auf zwei Ebenen relativiert: auf der präventiven Ebene, um gedachten aber möglichen terroristischen Angriffen zuvorzukommen,

9 Nach: *Wilhelm Busch*, Die gar traurige Geschichte mit dem Feuerzeug, aus: *Der Struwwelpeter*.

10 Art. 5 AEMR: *„Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.“*; *Bielefeldt*, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)* 36/2006.

11 *Bielefeldt*, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, *APuZ* 36/2006.

12 Art. 3 EMRK: *„Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“*

13 *Bielefeldt*, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, *APuZ* 36/2006.

14 Vgl. Art. 7 (1) f, (2) e) Römisches Statut vom 17.07.1998; fraglich bleibt die Auslegung von (2) e) der Vorschrift, deren Anwendung durch die zukünftige Rechtsprechung des IStGH abzuwarten ist.

15 *Bielefeldt*, Das Folterverbot im Rechtsstaat, *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Policy Paper No. 4, 2004, S. 5.

16 zitiert nach *Tomuschat* (Hrsg.), *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., 2002; vgl. auch *Bielefeldt*, *Das Folterverbot im Rechtsstaat*, S. 5.

17 *Stern*, JuS 1985, 329.

18 *Stern*, *Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 2. Aufl., 1984, S. 165 ff.

diese bereits im Vorfeld zu verhindern und damit Menschenleben zu retten; auf der repressiv-polizeilichen Ebene, um das Leben Opfers einer verfolgten Straftat zu retten. In Deutschland ist die Relativierung des absoluten Folterverbots bereits bis in Kommentierungen des Grundgesetzes zu Art. 1 I GG vorgedrungen.¹⁹ Dies ist umso erstaunlicher, als es sich gerade beim Folterverbot um die ureigenste Ausgestaltung der Menschenwürde i. S. d. Art. 1 I GG handelt. Geht es doch bei der Folter darum, den Willen eines Menschen zu brechen, ihn zu entpersonalisieren, ihm seine Subjekteigenschaften abzuspüren.²⁰ Hassemer formuliert treffend: „*Unter den vielen und oft missglückten Versuchen, dem Grundsatz der Menschenwürde einen belastbaren Inhalt zu geben, ragt ein Ergebnis als einleuchtend heraus, die sogenannte Objekt-Formel: Jedenfalls dann, wenn der Mensch staatlichen Eingriffen ausgesetzt ist, darf er nicht Objekt fremden Beliebens sein, muss er wirksame Rechte haben, sich zu verteidigen und den Kopf oben zu behalten, muss er sich als Person und als Subjekt gegen diese Eingriffe wehren können.*“²¹ Die Annahme eines Verstoßes gegen diese Objektformel liegt bei staatlicher Anwendung von Folter in der Natur der Sache. Das Folterverbot kann keine Einschränkungen erfahren, die im Einklang mit dem Grundgesetz stehen!

Der Fall Gaefgen führte in Deutschland zur Diskussion der Frage, ob die sogenannte „Rettungsfolter“ zulässig sein könnte. In Situationen extremer Bedrohung soll die „ansonsten streng verpönte Folter“²² zulässig sein, wenn unschuldige Leben gerettet werden können. Wenn - wie im Fall Gaefgen - ein Verdächtiger nicht sagen will, wo das vermutlich von ihm entführte Kind ist, und ob es überhaupt noch lebt, oder wenn ein Festgenommener glaubhaft berichtet, seine Komplizen seien dabei, das Trinkwasser einer ganzen Großstadt zu vergiften (ticking bomb scenario²³), dann soll es vernünftig und gerechtfertigt sein, notfalls Gewalt oder auch die Androhung von Gewalt einzusetzen, um den Beschuldigten zum Reden zu bringen.²⁴ Hassemer beschreibt treffend, wie „nach Jahrzehnten normativer Ruhe das Folterverbot bei uns ins Wanken gebracht und eine allgemeine Diskussion darüber begonnen“ wird, „ob es in extremen Fällen nicht zulässig oder gar geboten sein könnte, „robuste“ Methoden anzuwenden“.²⁵

Sämtliche Befürworter der Relativierung des Folterverbotes berufen sich auf eine verschärfte sicherheitspolitischen Lage. Dabei solle die Folter für äußerste Notfälle vorbehalten sein. Für Notfälle, in denen angesichts einer unmittelbaren Bedrohung andere Möglichkeiten für den Schutz menschlichen Lebens nicht zur Verfügung stehen. Anders gesagt: die Folter soll ausnahmslos als ultima ratio eingesetzt werden.²⁶ Nur: Wer gewährleistet das?

Brugger²⁷ setzt sich für eine „rechtsstaatlich kontrollierte“ Zulassung von Folter ein. Dies ist - vor allem nach Feststellung der rechtlichen Grundlagen des Folterverbots - ein Widerspruch in sich. Was zutiefst rechtsstaatswidrig ist, kann nicht rechtsstaatlich kontrolliert werden!

Jacobs²⁸ geht einen Schritt weiter und unterscheidet zwischen Bürger- und Feindstrafrecht. Hier treffen und unterscheiden sich Gaefgen und 9/11. Im Rahmen des „Bürgerstrafrechts“ sollen Beschuldigte prinzipiell als Mitglied der Rechtsgemeinschaft angesehen werden. Dies gilt für Gaefgen, der danach als verurteilter Verbrecher dennoch im Rahmen der Rechtsordnung steht, von deren grundsätzlicher Akzeptanz auch durch einen solchen ausgegangen wird. Im Klartext: Gaefgen ist ein verurteilter Mörder, der gestanden hat, den kleinen Jacob von Metzler getötet zu haben, um einen aufwändigen Lebensstil finanzieren zu können, aber er ist „einer von uns“.²⁹ Daher gilt für ihn der gesamte rechtsstaatlich zur Verfügung stehende Schutz seiner Verfahrens- und Menschenrechte. Eben dies, die Achtung von Menschen als Subjekt, als Person des Rechts, wird im Rahmen des „Feindstrafrechts“ für eine bestimmte Gruppe von Menschen außer Kraft gesetzt. Jacobs spricht in diesem Zusammenhang von Menschen, die sich dermaßen fundamental gegen die Rechtsordnung stellen, dass mit ihnen keine rechtliche Gemeinschaft mehr möglich sein soll.³⁰ Die Unterscheidung zwischen Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht erscheint einleuchtend. Sie knüpft an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³¹ über die Bedrohung der Grundlagen des Staates an. Darnstädt fragt jedoch zu Recht: „Nur: Was nützt sie eigentlich?“³² Darnstädt weiter treffend: „Hier ist Deutschland in Guantanamo angekommen.“³³

19 Vgl. die Neukommentierung von Art. 1 I GG von Maunz/Dürig-Herdegen, Grundgesetzkommentar [Stand 2003]. Herdegen hält es „im Einzelfall“ für möglich, „dass die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels, die sonstige Überwindung willentlicher Steuerung oder die Ausforschung unwillkürlicher Vorgänge wegen der auf Lebensrettung gerichteten Finalität eben nicht den Würdeanspruch verletzen“, Art. 1 I Rn. 45.

20 Bielefeldt, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, APuZ 36/2006.

21 Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 26.

22 Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 26.

23 Vgl. im Einzelnen Bielefeldt, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, APuZ 36/2006.

24 Vgl. Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 26.

25 Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 26.

26 Im Fall Gaefgen war dies bereits nicht der Fall, da im Zeitpunkt der Androhung noch nicht alle anderen ermittlungstaktischen Möglichkeiten ausgeschöpft waren.

27 Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, „Der Staat 35“, 1996, S. 67 ff.; vgl. auch Bielefeldt, Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit, APuZ 36/2006, . 9.

28 Jacobs, Bürgerstrafrecht und Feindschaftsrecht, HRRS Aufsätze und Urteilssammlungen, 3/2004, S.88 ff.

29 Anmerkung der Verfasserin: Wer ist nun empört? Zu beachten ist hier, dass Gaefgen ohne eine weiteres, in der Hauptverhandlung abgegebenes Geständnis der Tat, nicht rechtskräftig hätte verurteilt werden können (vgl. § 136a StPO).

30 Jacobs, siehe Fn. 29

31 BVerfG, Urteil vom 3. 7. 2007 - 2 BvE 2/ 07.

32 Darnstädt, Der globale Polizeistaat, S. 98.

33 Darnstädt, Der globale Polizeistaat, S. 99.

Die Regierung der USA unter George W. Bush prägte für die in Guantanamo Internierten den Begriff des „unlawful enemy combatant“. Dieser Begriff entspricht der Kategorie des Feindstrafrechts. Mit ihm soll den Internierten sowohl völkerrechtlicher Schutz aufgrund der Genfer Konventionen für Kriegsgefangene³⁴ als auch strafrechtlicher Schutz im Rahmen der rechtsstaatlichen Gewährleistung eines rechtsförmigen Verfahrens aberkannt werden. Aber es geht noch weiter: *Jacobs* unterstellt ein vorrangiges Bürgerrecht auf Sicherheit, nach dem es sogar geboten sei, dem „Feind“ die Qualität einer Rechtsperson abzusprechen. „Wer keine hinreichende Sicherheit personalen Verhaltens gewährleistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat darf ihn auch nicht als Person behandeln, weil er sonst das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde.“³⁵ *Fremuth*³⁶ und *Jacobs* sind sich einig: Beide glauben offenbar, dass „die Richtigen“³⁷ schon irgendwie getroffen werden. Nur wie das geschehen soll, dazu schweigen beide sich aus, wie im Übrigen auch alle anderen Befürworter der Einschränkungen von Bürgerrechten. Warum? Weil dies eben nicht gewährleistet werden kann! Wie soll vermieden werden, dass gewöhnliche Kriminelle oder gar Unschuldige unter „Feindstrafrecht“ „behandelt“ werden? Wer stellt die Kriterien auf für die Unterscheidung zwischen „Bürgerstrafrecht“ und „Feindstrafrecht“ in der Praxis? Der Innenminister? Diese Fragen sind noch brisanter als sie erscheinen.

Mit der Anwendung des Feindstrafrechts wird das Prinzip der Gewaltenteilung aufgegeben. „Checks and Balances“ finden nicht mehr statt.³⁸ Darnstädt fasst zutreffend und brillant zusammen: „*Terrorismus bringt die Grundlagen des Staates in Gefahr. Darum darf der Staat sich im Kampf gegen den Terrorismus von den Bindungen an die Verfassung befreien. Ob ein Fall von grundlagengefährdendem Terrorismus vorliegt, ist eine politische Frage. Politische Fragen sind vom Staat ohne Bindung an rechtliche Vorgaben zu entscheiden. Ob der Staat sich also von verfassungsrechtlichen Bindungen befreit, können seine Repräsentanten frei entscheiden. Das ist die Argumentation von Putschisten.*“³⁹

Weiter wird mit der Anwendung des „Feindstrafrechts“ das Prinzip der Unschuldsvermutung⁴⁰ außer Kraft gesetzt. Im Klartext: Wenn ein Staat die Unschuldsvermutung jedem „Feind“ vorenthalten kann, dann verliert sie vollständig ihre Bedeutung.⁴¹ Die konsequente Schlussfolgerung: Wenn theoretisch jeder zum Feind erklärt werden kann, wenn niemand mehr als unschuldig gem. Art. 6 II EMRK zu gelten hat, dann darf auch jeder gefoltert werden. Ja: auch Sie und ich!

C. Fazit

Will man Verwirrung vorbeugen, muss das Kind beim Namen genannt werden: In Wahrheit geht es nicht um

die Relativierung des Folterverbots, es geht um die Relativierung des Rechtsstaats an sich. Wer Folter zulassen will - und damit vor der Relativierung des „ureigensten Ausdrucks der Menschenwürde“ nicht zurückschreckt - der schränkt auch andere rechtsstaatliche Grundsätze wie die Gewaltenteilung, die Unschuldsvermutung,⁴² den Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“⁴³ ein. Damit wird an den Grundfesten unserer demokratisch und rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft gerüttelt. Anders gesagt: Es brennt!

Hintergrund der Debatte ist vor allem die Angst vor terroristischer Bedrohung. Diese in der Bevölkerung durch entsprechende Medienberichterstattung wach gehaltene Angst setzt anscheinend sämtliche Regungen von Vernunft außer Kraft. Nur so ist zu erklären, dass diese Diskussion überhaupt Einzug halten konnte bis in höchste rechtswissenschaftliche Kreise. Freiheit ohne Sicherheit ist nichts wert? Oder: Sicherheit ohne Freiheit ist nichts wert? Dies sind nicht die Fragen, die sich stellen! Die Frage, die sich stellt, lautet: Kann überhaupt durch die Einschränkung von Freiheit (mehr) Sicherheit erreicht werden? Oder jagt die öffentliche Meinung nicht vielmehr einem Phantom hinterher? Zeigt der normative Wertewandel, den *Hassemer*⁴⁴ zur Kenntnis nimmt, nicht vielmehr an, dass die Grundstimmungen in unserer Alltagskultur auf wenig intellektuellem Niveau laufen? Dass diese Grundstimmungen im Gegenzug aber Politik und Lehre gleichermaßen beeinflussen, das ist die eigentliche Tragik. Grundsätzlich ist *Hassemer* zuzustimmen, wenn er anmerkt, dass „*ein ausbrechender Streit um bislang stabile Grundüberzeugung in einer Alltagskultur*“ nicht bereits die „*kulturelle Schwäche dieser streitenden Gesellschaft*“ belege, „*ihre normative Desorientierung, die Erosion ihrer fundamentalen Normen*“.⁴⁵

34 Genfer Konventionen

35 *Jacobs*, siehe Fn 29, S. 293.

36 *Fremuth*, Private im Fadenkreuz des Sicherheitsrats, S. 112.

37 Terroristen und andere Gegner des Staates: eben die „Feinde“.

38 In der Tradition der Vereinigten Staaten von Amerika befanden die Verfassungsväter 1788, dass niemandem im Staate zu trauen sei, noch nicht einmal den gewählten Vertretern. Daher wurde ein kompliziertes System von „Checks and Balances“ geschaffen, die Gewaltenteilung, das bis heute oberster Verfassungsgrundsatz des US Supreme Courts ist. Danach müssen alle Amtsinhaber im Staat „aufgrund ihrer wechselseitigen Beziehungen selbst das Mittel bilden, um sich gegenseitig an dem ihnen zukommenden Platz zu halten“, auf dass „Ehrgeiz dem Ehrgeiz entgegenwirkt“. vgl. *Hamilton*, *Federalist Papers* Nr. 51, 2007 (hier zitiert nach: *Darnstädt*, *Der globale Polizeistaat*, S. 119 und 338).

39 *Darnstädt*, *Der globale Polizeistaat*, S. 100.

40 U.a. Artikel 6 II EMRK: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“ Anmerkung der Verfasserin: Das Erheben einer öffentlichen Anklage wird hier vorausgesetzt!

41 So auch: *Bielefeldt*, *Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit*, APuZ 36/2006.

42 Vgl. Art. 6 II EMRK.

43 = Der Grundsatz, sich selbst nicht belasten zu müssen.

44 *Hassemer*, *Warum Strafe sein muss*, S. 31.

45 *Hassemer*, *Warum Strafe sein muss*, S. 31.

Nach Hassemer ist der Streit um diese Grundlagen in einer offenen Gesellschaft „lebenswichtig“.⁴⁶ Ja! Unsere Gesellschaft braucht den Streit, aber es muss ein konstruktiver Streit sein, der darauf gerichtet ist, Lösungen zu finden und Sachverhalte regelbar zu machen und nicht darauf, Probleme zu suchen, wo keine sind, und dadurch Lösungen zu verhindern - eine Juristenkrankheit.⁴⁷ Die faktische Außerkraftsetzung des Grundgesetzes und völkerrechtlicher Regelungen zur Sicherung der universalen Menschenrechte entspricht nicht dem Kriterium der Lösungsfindung! Sie kann durch keine Streitkultur der Welt gerechtfertigt sein, schon weil es vielfältige geschichtliche Katastrophen zu überwinden galt, um unser rechtsstaatliches Fundament zu erarbeiten. Wenn ein Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika nach 9/11 den Patriotismus mit den Worten „Don't let this ever happen again!“ beschwört, dann sollten wir Deutsche uns daran erinnern, was wir niemals wieder geschehen lassen wollten. Eine Anwendung der Gedanken des „Feindstrafrechts“ liegt auf einer intellektuellen Ebene mit dem Erlass des Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933. Nur ein System der Gewaltenteilung, ein System der „Checks and Balances“, kann derartigem vorbeugen. Es aufzugeben heißt nicht weniger als unsere demokratische Verfassung aufzugeben. Und dann haben die Terroristen gesiegt.

Wie dem auch sei: Die Beantwortung der eingangs gestellten Fragen erfordert ein permanentes Ringen um Antworten. Was hilft bei diesem Ringen um Antworten? Die Besinnung auf unsere freiheitlich demokratische Grundordnung, vom Bundesverfassungsgericht 1952 formuliert: *„Freiheitliche demokratische Grundordnung*

*im Sinne des Art. 21 II GG ist eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“*⁴⁸ Das Erinnern an den berühmten deutschen Juristen in der Geschichte, Rudolf von Ihering, mit seinem schönen Wort von der Form als Zwillingschwester der Freiheit, der geschworenen Feindin der Willkür.⁴⁹ Aber Überlegungen, die mit Helmut Schmidt angefangen haben, sollen auch mit Helmut Schmidt enden: *„Je schwieriger eine Frage, desto wichtiger die Anstrengung der Vernunft. Am Ende aber kommt es auf die Anstrengung des Gewissens an.“*⁵⁰

46 Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 31. Anmerkung der Verfasserin: Nicht nur „in“, sondern auch „für“ eine offene Gesellschaft!

47 Vgl. auch: Hamm, „Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot“, NJW 2003, 946 f.

48 BVerfGE 2, 1, 12.

49 von Ihering, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Abteilung 2, 9. Aufl., 1968, S. 471 f.

50 Schmidt, Außer Dienst, S. 336.