



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung, in: Ulrich Plaschke/Achim Förster/Stefanie Lumpp/Judith Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 133 – S. 161.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2005): "Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Ulrich Plaschke/Achim Förster/Stefanie Lumpp/Judith Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Duncker & Humblot, Berlin (2005): S. 133 – S. 161.)

Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung

„Zur Einstimmung in das Thema (...) mag nach gutem Juristenbrauch die Vorgabe eines Falles dienen. Stellen Sie sich vor, Sie seien ein höherer Polizeioffizier. In Ihrem Lande – und das könnte in nicht zu ferner Zukunft auch Deutschland sein – gäbe es viele linke und rechte Terroristen, jeden Tag Morde, Brandanschläge, Tötung und zahlreiche Schäden für Unbeteiligte. Sie hätten den Führer einer solchen Gruppe gefangen. Sie könnten, wenn Sie ihn folterten, vermutlich das Leben vieler Menschen retten, 10, 100, 1000 (...) würden Sie es tun?“¹ Es handelt sich hier um ein Zitat aus einem Vortrag von Niklas Luhmann. Thema des Vortrags war die Frage: „Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?“.

I. Luhmanns Lauer

Wie kommt Luhmann zu dieser Frage? Es geht ihm darum, das Recht als ein dynamisches System zu begreifen, dessen Aufgabe darin besteht, die Konflikte und Kollisionen anderer Systeme zu bereinigen. Dazu muss er eine Sichtweise des Rechts als statisches Normengefüge mit einer Zentralnorm überwinden. Das ist das Ziel seines Vortrages. Luhmann geht davon aus, dass die Sprachwelt einer Gesellschaft meistens eine Stufe hinter der gesellschaftlichen Entwicklung zurückbleibt. Die alteuropäische Gesellschaft war stratifiziert, das heißt durch eine

¹Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, S. 1.

Ungleichheit der Ränge zwischen Adel und Volk gekennzeichnet. Die moderne Gesellschaft ist funktional differenziert, das heißt durch eine Gleichwertigkeit ungleicher Systeme gekennzeichnet, wie Recht, Wirtschaft, Politik usw. Aufgabe des Rechtssystems ist es, bei Konflikten zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden. Das ist seine Codierung. Daneben gibt es die Programme in Form von Gesetzestexten, Argumentformen usw., die helfen, diese Aufgabe zu erfüllen. Die Selbstreflexion dieses Systems oder das Rechtsdenken bleibt aber alteuropäisch und damit hinter seiner eigenen Komplexität zurück. Das Recht wird im alteuropäischen Denken als Hierarchie von Normen oder Rechtsquellen begriffen. An der Spitze thront die Idee der Gerechtigkeit als Grundnorm. Sie ist umgeben vom Adel der Prinzipien und blickt hinunter auf das Volk der Rechtsbegriffe. Man kann, wenn es einen Fall zu entscheiden gilt, immer von den Rechtsbegriffen zu den Prinzipien gelangen. Wenn diese Prinzipien nun untereinander im Streite liegen, nimmt man Zugriff auf die zentrale Idee der Gerechtigkeit. Daraus ergibt sich ein dreistöckiges Gebäude, worin im obersten Stockwerk die Rechtsphilosophie residiert, welche die Frage beantwortet: „Was ist Recht?“. Im Stockwerk darunter sagt die juristische Methodik, wie das Recht angewendet wird, während im Keller die Dogmatiker vorgegebene Rechtsinhalte am Fall erkennen. Das ist das Bauwerk des alteuropäischen Rechtsdenkens. Luhmann will die Juristen mit der Verführungskraft eines kleinen Falles aus diesem alten Schema herauslocken. Gibt es wirklich eine unverzichtbare Grundlage oder Grundnorm, deren Wahrheit das Recht voraussetzen muss, um funktionieren zu können? Oder ist es nicht vielmehr umgekehrt, dass das Recht seine Aufgabe der Konfliktentscheidung nur so lange erfüllen kann, als es auf die Fixierung seiner Wahrheit verzichtet? Wenn wirtschaftliche Belange mit sozialen, ökologischen oder politischen kollidieren, darf nicht feststehen, dass Recht allein das ist, was der Wirtschaft nützt oder politische Ziele durchsetzt bzw. ökologische Risiken handhabbar macht usw. Wenn das schon feststünde, wäre ein Ausgleich dieser Interessen nicht möglich. Wir wüssten schon, was die Idee der Gerechtigkeit sagt, brauchten dies nur zu erkennen und das Verfahren wäre eigentlich überflüssig. Die Aufgabe der Voraussetzung des alteuropäischen Rechtsdenkens bedeutet, dass man im Rechtssystem nicht wissen kann, ob die erarbeitete Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht selbst Recht oder Unrecht ist. In einer funktional-differenzierten Gesellschaft muss das Recht und seine Funktionäre mit diesem Paradox leben.

II. Würden Sie es tun? Die Suggestion kleiner Fälle

Luhmanns Versuch, das alteuropäische Rechtsdenken mittels der Ironie zu dekonstruieren, trifft auf ein juristisches Publikum. Die Reaktion beschreibt der Heidelberger Öffentlich-Rechtler Winfried Brugger: „Luhmanns Fall hat mich sehr beschäftigt. Wie sind solche Fälle zu lösen? Ich beschloss zunächst, im Heidelberger Klausurenkurs einen passenden Fall zu stellen und 200 Exam-

enskandidaten den Fall für mich lösen zu lassen.“² In dieser Aufnahme des Luhmann’schen Vortrags verschwindet zunächst die Ironie. An ihre Stelle tritt eine neue Prämisse, die den juristischen Ernst verkörpern soll, nämlich die Frage nach der einen Lösung. Natürlich wird es für jeden praktischen Fall eine Lösung geben, die zwischen Recht und Unrecht unterscheidet. Aber ob diese Unterscheidung selbst Recht oder Unrecht ist, werden wir nie mit letzter Gewissheit feststellen können. Es sind immer mehrere Lösungen denkbar, und wir haben, wenn wir gut arbeiten, die relativ zu den vorgetragenen Argumenten beste Lösung getroffen. Brugger will aber mehr. Er erarbeitet nämlich zwei Lösungen. Die erste Lösung entspricht der herrschenden Meinung und die zweite Lösung ist seine eigene Sicht. Dann schlägt er uns vor, die richtige zu wählen. Denn es wird sich herausstellen, dass seine Lösung die einzige ist, die der Gerechtigkeit und dem Wesen des Rechts genügt. Um dies zu zeigen, muss er den von Luhmann vorgetragene Fall dramatisieren und mit normativen Prämissen anreichern: „Der Fall: Die Stadt S. wird von einem Terroristen mit einer chemischen Bombe bedroht und erpresst. Bei der Geldübergabe wird der Erpresser von der Polizei gefasst und in Gewahrsam genommen. Der Erpresser schildert der Polizei glaubhaft, dass er vor der Übergabe den Zünder der Bombe aktiviert hat. Die Bombe werde in drei Stunden explodieren und alle Bewohner der Stadt töten. Diese würden eines qualvollen Todes sterben, die schlimmste Folter sei dagegen nichts. Trotz Aufforderung gibt der Erpresser das Versteck der Bombe nicht bekannt. Androhungen aller zulässigen Zwangsmittel helfen nichts. Der Erpresser fordert eine hohe Geldsumme, die Freilassung rechtskräftig verurteilter politischer Glaubensgenossen sowie ein Fluchtflugzeug mit Besatzung. Als Sicherheit sollen ihn namentlich bekannte Politiker begleiten. Die Polizei sieht, nachdem eine Evakuierung der Stadt nicht möglich erscheint, nur noch ein einziges Mittel der Gefahrbeseitigung, nämlich das ‚Herausholen‘ des Verstecks der Bombe aus dem Erpresser, notfalls mit Einsatz von Gewalt. Darf sie das?“³ Auffällig an dieser Erzählung ist der als Drohung des Erpressers verpackte Satz, der den Tod mit der Folter vergleicht. Man stolpert darüber, weil ein Erpresser seine Drohung so wohl nicht kennzeichnen würde. Aber dieser unplausible Satz soll uns nachher die einzige Lösung finden helfen. Diese führt nämlich über eine Abwägung zwischen der schlimmsten Folter und dem noch schlimmeren qualvollen Tod vieler. In einer Podiumsdiskussion hat Bernhard Schlink sich mit der Plausibilität von Bruggers Fallbeispiel auseinandergesetzt. Er weist darauf hin, dass der Erpresser ja mit der Stadtbevölkerung zugrunde gehen würde und deswegen wohl auch durch die Folter wohl kaum zu einer Änderung seiner Haltung bewegt werden könne: „Wollen wir uns wirklich auf alle unvernünftigen und unwahrscheinlichen Beispiele einlassen? Wollen wir uns vorstellen, es gäbe Hannibal Lector, die Bestie in Menschengestalt wirklich, die das Quälen und Morden nicht lassen kann und aus jedem Gefängnis ausbricht? Wollen wir uns dann fragen, ob wir ihn nicht zum Schutz der Gesellschaft umbringen müssen, Todesstrafeverbot hin, Todesstrafeverbot her? (...) Irreale Beispiele führen

²Podiumsdiskussion, S. 3.

³Podiumsdiskussion, S. 3.

zu Diskussionen über Irreales. Und die Relationen verschieben sich. Für die Rettung einer ganzen Stadt ein bisschen foltern – und wenn es um Rettung der ganzen Menschheit geht, welches Rechtsprinzip sollen wir dann noch hochhalten? Warum statt des irrealen Beispiels nicht ein reales? Wäre das nicht aktueller, interessanter, ehrlicher?“⁴ Ein ausgedachter Fall, ein Gedankenexperiment, hat meistens versteckte normative Prämissen. Deswegen ist Vorsicht geboten, wenn man aus solchen Ausnahmefällen weitgehende Folgerungen zieht. Aber selbst in einem realen Fall, wie der Frankfurter Kindesentführung, bleiben die Probleme einer Grenze des Rechts erhalten. Stellen wir also die Frage, darf die Polizei den Kindesentführer foltern, um den Aufenthalt des Kindes herauszufinden?

III. Kunstgerechte Lösung

Bevor auf das Problem der Unterscheidung von Recht und Unrecht zurückzukommen ist, soll zunächst die Lösung des von Brugger vorgeschlagenen Falles entwickelt werden. Dann ist auf seine Gegenargumente einzugehen.

1. Folter und Gesetz

Nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts braucht die Polizei für ihr Handeln eine Ermächtigungsgrundlage. Dies ist im Bereich der Eingriffsverwaltung unumstritten.

a) § 163 a StPO

In Betracht kommt zunächst, dass B als Beschuldigter (bzw. als Zeuge) von den Strafverfolgungsbehörden gem. § 163 a StPO vernommen wird.

Der Schmerzzufügung mit dem Ziel, von dem Opfer eine bestimmte Willensäußerung zu erlangen, steht im Bereich der StPO bereits einfachgesetzlich § 136 a (bzw. für den Zeugen § 163 a Abs. 5 iVm. § 136 a) entgegen. Hinzu kommt, dass eine Vernehmung aufgrund der StPO nur für den Regelungsbereich der StPO zulässig sein kann. Im vorliegenden Fall soll B jedoch nicht vernommen werden, um ihn einer Straftat überführen zu können. Ziel der Befragung ist die bloße Gefahrenabwehr. Die StPO kann damit keine Handlungsgrundlage für die Maßnahme gegen B bilden.

b) Standardmaßnahme der Befragung

Grundsätzlich einschlägig für ein Vorgehen im Bereich der Gefahrenabwehr ist das Polizeigesetz des jeweiligen Bundeslandes.

Die Gefahr für Leib und Leben des entführten Kindes stellt unproblematisch eine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit gem. polizeiliche Generalklausel dar.

⁴Bernhard Schlink, Podiumsdiskussion, S. 6.

Als konkrete Maßnahme gegen B kommt eine Befragung gem. der Standardmaßnahme in Betracht.

Eine Aussagepflicht des B könnte sich aus der Regelung im jeweiligen Polizeigesetz der Länder ergeben. Dieser betrifft aber nur einige personenbezogene Daten wie Name, Vorname, Geburtsort usw., um die es hier gerade nicht geht. Eine weitergehende Aussagepflicht müsste sich aus einem Spezialgesetz ergeben, welches hier gerade nicht ersichtlich ist. Außerdem stünde einer entsprechenden Verpflichtung § 55 StPO entgegen, weil sich B der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden.⁵

Bei einer Befragung sind jedoch wie bei der StPO Zwangsmittel nicht erlaubt. Dies findet sich in den Regelungen der Standardmaßnahmen aller Bundesländer als Verweis auf § 136 a StPO.

c) Polizeiliche Generalklausel

Gleichzeitig versperrt die grundsätzliche Anwendbarkeit der Standardmaßnahme Befragung einen Rückgriff auf die allgemeine polizeiliche Generalklausel (lex specialis). Die grundsätzliche Einschlägigkeit der Standardmaßnahme Befragung ergibt sich insbesondere gerade aus dessen Einschränkungen - die die Gewaltanwendung bei Vernehmungen ausschließen⁶.

d) Ermächtigungsgrundlage aus den grundrechtlichen Schutzpflichten

Schutzpflichten waren bisher Grundlage für Forderungen der Bürger gegen den Staat und gerade nicht Ermächtigungsgrundlage für staatliches Handeln. Dies verkennt Brugger, wenn er die grundrechtlichen Schutzpflichten zur Ermächtigungsgrundlage für das Foltern erklärt. Es könnte die Polizei, wenn sie den B zur Aussage zwingt, durch die Pflicht zum Schutz des Lebens des Kindes gerechtfertigt sein. „Nach der Rechtsprechung des BVerfG und nach Auffassung weiter Teile der Literatur kommt den Grundrechten generell bzw. zumindest einigen, besonders wichtigen Grundrechten (...) eine Schutzpflichtdimension gegenüber Eingriffen von dritter Seite zu (...) Ausnahmsweise können verfassungsrechtliche Schutzpflichten aber auch direkte Eingriffsbefugnisse verleihen, soweit die gesetzlich vorgesehenen Vorkehrungen nicht ausreichen und die Notwendigkeit eines Eingreifens klar ist.“⁷

Eine solche Argumentation ist nicht haltbar, weil man den Schutzzweck der Grundrechte damit ins Gegenteil verkehren würde. Die Grundrechte fordern eine gesetzliche Grundlage für schwere Freiheitseingriffe, aber sie bieten natürlich

⁵Anderer Ansicht Brugger in VBIBW 1995, S.447

⁶Götz, Polizeirecht, 10. Aufl., § 4 II Abs. 1, Heise, Tegtmeier, Polizeirecht NRW, 1990, § 10, Rdnr.: 16

⁷Brugger 1995, S. 449.

keine solche. Dieses Ergebnis der teleologischen Auslegung bestätigt auch die Systematik. Der Grundsatz funktioneller Gewaltenteilung verlangt, dass die Verfassung zunächst vom Gesetzgeber konkretisiert wird, bevor die Exekutive eine Eingriffsgrundlage verwenden kann. Sonst könnte man nach Einführung der Folter auch gleich auf das Parlament verzichten.

e) § 32, 34 StGB

Es ist streitig, ob strafrechtliche Rechtfertigungsgründe als Ermächtigungsgrundlage für die Polizei fungieren können.⁸ Dass das StGB selber Ermächtigungsgrundlage ist, wird nur selten vertreten. Meistens wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn der handelnde Polizist selbst bedroht ist. Manchmal wird auch gesagt, der Polizist handle zwar rechtswidrig, aber könne nicht bestraft werden.⁹

Begründet wird die Anwendung des § 34 StGB mit der Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils. Was im Strafrecht rechtmäßig sei, könne in anderen Gebieten nicht rechtswidrig sein.

Gegen diese Thesen ist anzuführen, dass zunächst einmal deutlich zwischen Rechtfertigung und Handlungsermächtigung differenziert werden muss. Eine Rechtfertigung staatlicher Eingriffe, die aufgrund fehlender Eingriffsermächtigung rechtswidrig sind, ist nicht möglich. Dies ergibt sich bereits aus dem Vorbehalt des Gesetzes, lässt sich aber auch aus Systemunterschieden zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht begründen. Die strafrechtliche Konstruktion des dreistufigen Deliktsaufbaus mit dem besonderen Rechtswidrigkeitsurteil reduziert den staatlichen Sanktionsanspruch bei einer individuellen Interessenkollision. Die Notwehr- und Notstandsnormen führen zu einer Begrenzung staatlicher Macht und nicht zu deren Erweiterung¹⁰. Die Annahme, dass es eine einheitliche Rechtswidrigkeit in einer einheitlichen Rechtsordnung gebe, ist in sich nicht schlüssig.¹¹

Die Anwendung von § 34 StGB (auch analog) als Eingriffsermächtigung scheitert am Vorbehalt des Gesetzes. § 34 StGB ist eine Begrenzung staatlicher Macht und keine Erweiterung. Dies würde auch bei einer Argumentation gelten, die dahin geht, dass § 34 nur einen allgemeinen Rechtsgedanken der Güterabwägung

⁸Vgl. hierzu Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1992, Kap. II, Rn. 17, 199. Rachor, in: Lisken / Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 1992, Rn. 558. Roxin, Strafrecht AT, 1994, S. 574 ff., 632.

⁹Ausgangspunkt für eine Anwendung von § 34 StGB war zunächst der Fall Traube; die Abhörung von Verteidigern in Stuttgart-Stammheim; und die Kontaktsperre (ohne Gesetz) im Zuge der Schleyer-Entführung. LTProt. 7 S. 1444; Bulletin der BREG. Nr. 27 v. 18.3.77, S. 243 f.; Dokumentation Schleyer des Presse- und Informationsdienstes 1977, S. 320. Dies führte zu einer ablehnenden Anmerkung von Amelung; NJW 77, S. 833 ff.

¹⁰Böckenförde, NJW 78, S. 1882; Kirchhof, P., NJW 78, S. 969; Sydow, JuS 78, S. 224

¹¹Dazu Kirchhof, P., Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978, mit Beispiel AO-BGB; Böckenförde, NJW 78, 1883 mit dem Beispiel einer innerdienstlichen Weisung und außenwirksamer Rechtsbindung

rechtsstaatlich präzisieren und dieser Rechtsgedanke grundsätzlich als Eingriffsermächtigung gelten könne.

f) Widerstandsrecht

Auch eine Argumentation, die davon ausgeht, dass das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG der Exekutive ein weiteres und zusätzliches Mittel in die Hand gibt, Rechtsbrecher zu bekämpfen¹² ist nicht vertretbar. Denn Art. 20 IV richtet sich nur an den Bürger.

Daher muss man zu dem Ergebnis kommen, dass eine einfachgesetzliche Eingriffsermächtigung nicht besteht und die Folter bereits damit rechtswidrig ist.

2. Folter und Verfassung

a) Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG

aa) Schutzbereich Nach Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG dürfen festgehaltene Personen nicht misshandelt werden.

bb) Eingriff Wenn der Betroffene sich bereits in Gewahrsam der Polizei befindet, erübrigt sich die Diskussion, ob Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG nur für Freiheitsentziehungen, oder auch für Freiheitsbeschränkungen einschlägig ist.¹³ Misshandlung ist einerseits die Zufügung eines körperlichen oder seelischen Übels in Verfolgung rechtlich nicht gedeckter Zwecke. Sie kann sich aber auch aus der Intensität des zugefügten Übels unabhängig von dem verfolgten Zwecke ergeben¹⁴. Obwohl dabei vielleicht ein rechtmäßiger Zweck verfolgt wird, kann ab einer bestimmten Intensität auch bei rechtmäßigem Zweck eine Misshandlung angenommen werden. Als weiteres Problem ergibt sich das Verhältnis von Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG zu Art. 2 Abs. 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht sagt dazu¹⁵: "Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in unlöslichem Zusammenhang. Art. 2 Abs. 2 GG gewährleistet die Freiheit der Person schlechthin unter dem Vorbehalt gesetzlicher Eingriffe. Art. 104 Abs. 1 GG wiederholt und ergänzt den Vorbehalt für alle Freiheitsbeschränkungen."¹⁶ Art. 104 steht zu Art. 2 II damit im Verhältnis der Spezialität¹⁷.

¹²Gedanke bei Doehring, Staatsrecht, S. 275 ff., der dies allerdings aus systematischen Gründen ablehnt

¹³Alternativkommentar AK-Azzola, Art. 104 Rdnr. 20 f.; v. Münch, Art. 104 Rdnr. 12; Maunz-Dürig, Art. 104 Rdnr. 20; aus der Sicht des PolG vgl. Prümm, Thieß, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1994, S. 5, 100, 112

¹⁴AK-Azzola, Art. 104 Rdnr. 41; v. Münch, Art. 104 Rdnr. 14, der den Begriff der körperlichen Misshandlung in Übereinstimmung mit § 223 StGB definiert

¹⁵BVerfGE 10, 302 (322); 58, 208 (220)

¹⁶So auch v. Münch, Art. 104 Rdnr. 1; AK-Azzola, Art. 104, Rdnr. 19

¹⁷Vgl. zur Spezialität F. Müller, Positivität der Grundrechte, S. 95 und 97; ders. in Juristische Methodik, 5. Aufl., 1993, S. 59

cc) Schranken Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ist im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 GG mit keinem Gesetzesvorbehalt versehen. Dass dennoch kein Grundrecht "schrakenlos" im Sinn von unbegrenzt gilt ist unumstritten. Fraglich sind nur die Wege, auf denen diese in "Begrenzungen" vorgenommen werden sollen.

Eine Begrenzung von Grundrechten kann sich im Kollisionsfall mit anderen Grundrechten ergeben. Dabei ist keine konkrete Geltendmachung der Grundrechtsverletzung durch die betroffenen Grundrechtsträger erforderlich. Der handelnde Hoheitsträger kann im konkreten Entscheidungsvorgang eine typisch vorliegende Kollisionslage berücksichtigen. Das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG steht in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Leben der von dem Anschlag Betroffenen. Bei der Kollision sollen die Grundrechte im Wege der praktischen Konkordanz zu einem schonenden und möglichst optimalen Ausgleich gebracht werden. Diese verhältnismäßige Zuordnung von Grundrechten soll beide betroffenen Positionen zur optimalen Wirksamkeit gelangen lassen. Der Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz kann als Verhältnismäßigkeitsbestimmung niemals zu einer übermäßigen Eingrenzung bzw. völligen Aufhebung einer Grundrechtsposition führen¹⁸.

Eine Kollisionslage im Bereich von Art. 104 Abs. 1 S. 2 entwickelt nun die Schwierigkeit, dass bei jedem Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG dessen Gewährleistung vollständig aufgehoben wird.

Nach Erlangung der gewünschten Auskunft, die durch unzulässige Vernehmungsmethoden erzwungen wurde, verliert Art. 104 Abs., 1 S. 2 GG seine zentrale Bedeutung. Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass im Bereich von Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG keine praktisch konkordante Zuordnung zu anderen Grundrechten möglich wäre.

Eine praktische Konkordanz ist nur möglich, wenn man davon ausgeht, dass das entführte Kind sein Recht auf Leben endgültig verliert, der Gefangene sein Recht während seiner Freiheitsbeschränkung nicht misshandelt zu werden jedoch nur für kurze Zeit verliert.

dd) Wesensgehalt Wenn man die praktische Konkordanz hier durchführt, stellt sich das Problem, ob der Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts eine äußerste Grenze für den Ausgleich der gegenläufigen Wertbestimmungen darstellt.

Die relative Theorie reduziert den Wesensgehalt auf das, was nach der Güterabwägung¹⁹ noch übrig bleibt. Die Zugrundelegung dieser Argumentation für den vorliegenden Sachverhalt führt konsequenterweise zu einer Abwägung, die die Schutzfunktion des Art. 104 Abs. 1 S. 2 beseitigt. Diese Theorie scheitert an Art. 19 II GG, der danach überflüssig wäre. Die Gefahren einer relativen Kernbereichstheorie und der Güterabwägung werden überdeutlich, wenn man

¹⁸Hesse, Rdnr. 318; F. Müller, Positivität der Grundrechte, S. 41 ff.; ders., Juristische Methodik, 5. Aufl., 1993, S. 221

¹⁹Vgl. dazu Friedrich Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl., 1993, S. 52 ff.

berücksichtigt,²⁰ dass es nur ein kleiner Schritt ist, von der Nachrangigkeit in der Abwägung zu einer vollständigen Aufhebung des Grundrechts. Gerade diese Relativierung war der Anlass für den Parlamentarischen Rat einen Wesensgehalt der Grundrechte zu normieren.

Anders argumentiert die absolute Theorie. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG umfasst alles, was sich aus dem in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Gebot der Wahrung der Menschenwürde ergibt. Nach der Theorie vom absoluten Wesensgehalt muss diese Grundsubstanz nach der Beschränkung eines Grundrechts noch übrigbleiben²¹. Während das BverfG bei graduierbarem Schutzbereich von Grundrechten (wie etwa der körperlichen Integrität Art. 2 II) die absolute Theorie in ihrer individuellen Ausprägung vertritt, verwendet es bei Ja/Nein-Grundrechten wie Art 4 die absolute Theorie in ihrer gesamtgesellschaftlichen Spielart. Danach genügt es, wenn auf vielen Polizeistationen der Bundesrepublik nicht gefoltert wird.

b) Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG "körperliche Unversehrtheit"

aa) Schutzbereich Art. 2 Abs. 2 GG ist nur zu prüfen, wenn der Bearbeiter bei der Sachverhaltsauslegung Schmerzen in sich steigerndem Ausmaß, den Beginn der Schmerzen unter die Misshandlungsgrenze legt. Ansonsten ist Art. 104 lex specialis. Die hier zu entwickelnde Normhypothese umfasst damit lediglich Übelzufügungen, die keine Misshandlungen darstellen.

Sprachlich erfasst Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zunächst Eingriffe in die stoffliche Substanz des Körpers. Ausgangspunkt ist damit der naturgegebene Zustand des menschlichen Körpers. Darüber hinaus wird durch partielle Gleichsetzung von körperlicher Unversehrtheit mit Gesundheit im medizinischen Sinn ein Schutz gegen subjektive körperliche Empfindungen erreicht. Dürig entwickelt daraus eine vierfache Sollensbeschaffenheit des menschlichen Körpers, die unter anderem dahingeht, dass der menschliche Körper so beschaffen bleibt, dass er dem Menschen keine Schmerzen vermittelt (Grundrecht auf Freiheit von Schmerzen)²². Im Gegensatz zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ist jedoch kein ausdrücklicher Schutz körperlicher Übelzufügungen gewährleistet. Unbeachtlich ist dabei, dass der geplante Eingriff unter fachärztlicher Aufsicht vorgenommen werden soll²³. Im übrigen ist eine sich an das Strafrecht anlehrende Rechtfertigungskonstruktion bereits mangels Heileingriff rechtswidrig.

bb) Eingriff Insgesamt liegt damit bei unter der Misshandlungsgrenze liegenden Schmerzzufügungen unproblematisch ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1

²⁰(Maunz-Dürig Art. 19 Rdnr. 16 und 17)

²¹(v. Münch Art. 19 Rdnr. 25 w.e.Nw.n; Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 2 mit ausführlicher Darstellung der vertretenen Theorien)

²²Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 30.

²³Dürig, Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 36; Problematik parallel zu § 81 a StPO; AK Art. 2 Abs. 2 Rnr. 33 ff.

GG vor²⁴.

cc) Schranken Art. 2 Abs. 2 GG ist (im Gegensatz zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG) mit einem Gesetzesvorbehalt versehen, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG. Als Vorbehaltstexte kommen die einfachgesetzlichen Eingriffsgrundlagen in Betracht. Eine konsequente Bearbeitung müsste diese wiederum ablehnen, so dass ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bestehen bleibt. Bei einer Anwendung von § 34 StGB als Vorbehaltstext wäre wiederum die Problematik der Abwägung bzw. der praktischen Konkordanz zu behandeln. Zu beachten bleibt, dass sich im Kollisionsbereich bei Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Besonderheit ergibt, dass im Gegensatz zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit diese, im Unterschied zu dem Recht auf Leben nicht völlig aufheben würde. So dass selbst bei Berücksichtigung der Wesensgehaltsgarantie eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit unterhalb der Misshandlungsgrenze zulässig sein könnte.

Im übrigen kann auf das zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG Ausgeführte verwiesen werden.

c) Art. 1 Abs. 1 GG

aa) Schutzbereich Nach allgemeiner Ansicht ist die Menschenwürde verletzt, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird²⁵.

Mit der systematischen Brechung eines menschlichen Willens wird dessen Fähigkeit, sich selbst zu bestimmen, beseitigt und der Gefangene zum bloßen Objekt der staatlichen Schutzverpflichtungen gemacht. Die Folter stellt damit eine eklatante Verletzung der Menschenwürde dar²⁶.

bb) Schranken Bezüglich der Einschränkung von Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich das Problem, ob Art. 1 Abs. 1 GG im Kollisionsfalle durch eine Güterabwägung bzw. im Wege der praktischen Konkordanz begrenzt werden kann, oder nicht nur hinsichtlich des Wesensgehalts, sondern überhaupt unantastbar ist²⁷.

Eine theoretische Sichtweise der Grundrechte als gemeinschaftsbezogener Rechtsgüter kommt konsequenterweise zu einer parallel zu Art. 19 Abs. 2 GG laufenden Argumentation - Eingriffe zu Verfolgung verfassungsrechtlicher Zwecke zulässig; jedoch in einem verhältnismäßig zu bestimmenden Kernbereich²⁸. Dagegen steht ein durch Normkonkretisierung zu bestimmender Sachbereich

²⁴Eine Ausnahme würde z.B. nur die orale Verabreichung von Psychopharmaka bilden; dazu Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 35

²⁵Dürig, Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 28

²⁶Dürig, Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 30; AK Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 45; vgl. zum Problem der lebenslangen Freiheitsstrafe im Verhältnis zu Art. 1 GG, BVerfGE 45, 187 sowie F. Müller, Positivität der Grundrechte, S. 105.

²⁷v. Münch Art. 1 Rdnr. 24; BK-Zippelius Art. 1 Rdnr. 37

²⁸Katz E VII 1.3

der Menschenwürde, die als "Leitprinzip" auch nicht im zu entscheidenden Fall aufzulösen ist. Diese Sichtweise entspricht der "Unantastbarkeit" und dem durch die Grundrechte gewährten Schutz des einzelnen vor Staat und Gesellschaft. Unabhängig davon betrifft die Folterung zentral die Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG²⁹, so dass eine Zufügung von Schmerzen in sich steigerndem Ausmaß auf jeden Fall gegen den Kernbereich des Art. 1 Abs. 1 GG verstößt.

Eine Schrankendiskussion bzw. eine Wesensgehaltsbestimmung ist damit im Bereich von Art. 1 Abs. 1 GG nicht erforderlich.

3. Folter und supranationales Recht

Die durchgeführten Maßnahmen verstoßen gegen Art. 3 und 15 EMRK, die eine Ausnahme vom Folterverbot nicht einmal für Kriegs- und Notstandsfälle zulassen. Die EMRK ist auch Grundlage für die Gemeinschaftsgrundrechte und gilt in Deutschland jedenfalls als einfaches Gesetz. In Verbindung mit der UN-Folterverbotskonvention läge außerdem ein Verstoß gegen Art. 25 GG vor.

IV. Möglichkeit einer Gegenposition

Natürlich muss eine herrschende Meinung nicht immer recht haben. Und selbst wenn sie richtig ist, tut ihr eine Erprobung gut. Also versuchen wir, das gefundene Ergebnis mit den anerkannten Mitteln juristischer Methodik in Frage zu stellen. Denn ein Ergebnis gilt nur, so lange es Gegenargumente nicht integriert oder widerlegt.

1. Ungeschriebene Staatsnotwehr oder extensive Auslegung

Einzelne Autoren³⁰ begründen die Anwendung von § 34 StGB verfassungsrechtlich als übergesetzlichen Maßstab. Stern formuliert dazu das Grundprinzip des ungeschriebenen Notrechts, bei dem außerhalb oder entgegen dem geschriebenen Recht in extremen, unvorhergesehenen Fällen staatliche Organe, die die Kraft zum Handeln haben, vorgehen, um die Existenz des Staates retten und das nach Lage der Sache Erforderliche zu tun. Dies wird damit begründet, dass im Falle höchster Not für die Fundamente, auf denen die Verfassungsstaatlichkeit ruht, auf die Beachtung der Verfassung verzichtet werden darf, wenn nur so diese Fundamente erhalten werden können. Durch eine Formulierung gewisser Schranken, die im wesentlichen § 34 StGB entsprechen, versucht Stern "die Ignorierung des Rechts zum Zwecke seiner Verwirklichung"³¹ rechtsstaatlich aufzuladen. Diese Argumentation geht von

²⁹s. BVerfGE 45, 187 (228) für Strafen

³⁰Stern, Zur Frage des ungeschriebenen Notrechts, in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 181 ff.; ähnlich auch Schröder AöR 103 (1978), 121 n.F. (135 ff.)

³¹Schmitt, Die Diktatur, S. IX; den Stern ausdrücklich ablehnt

einem "ungeschriebenen Notrecht" aus, das Stern zunächst als Frage des überpositiven Rechts darstellt.

Diese Argumentation scheidet an der rationalen Begründbarkeit von überpositivem Recht.³² Nicht von Menschen gesetztes (geschriebenes oder ungeschriebenes) Recht kann unter dem Grundgesetz keine Geltung beanspruchen³³.

Auch eine Herleitung von Verfassungsgewohnheitsrecht ist nicht möglich. Allgemein wird bei Gewohnheitsrecht eine längere tatsächliche Übung verlangt, die als verbindliche Rechtsnorm anerkannt ist³⁴. Bei Beachtung der geltenden Verfassung, kann der Nachweis eines verfassungsrechtlichen Notstandsgewohnheitsrechts nicht gelingen. Werden daraufhin Verfassungsvorläufer mit entsprechenden verfassungsrechtlichen Übungen eines Notstandsrechts mit einbezogen, stellt sich das Problem der Vereinbarkeit mit der geltenden Verfassung. Die Eliminierung gesetzlicher Freiheiten durch Notstandsregeln sieht das Grundgesetz nicht vor³⁵. Die durchgängige Rechtsbindung der Exekutive durch das Grundgesetz lässt eine Überschreitung dieser Bindung nicht zu. Der Nachweis von Gewohnheitsrecht im Verfassungsbereich scheidet an der geltenden Verfassung³⁶.

Eine Vereinbarkeit durch eine Fortschreibung der inneren Notstandsverfassung zu konstruieren, geht ebenso fehl. Ein durch das Prinzip der Güterabwägung auf die Ebene der Verfassung gehobener § 34 StGB, der im Wege einer Analogie die innere Notstandsverfassung ausfüllen soll, setzt eine Lückenhaftigkeit voraus, die, jedoch nicht besteht. Eindeutig besteht keine "unbewusste Lücke", wie sich aus der umfangreichen Notstandsdiskussion ergibt. Diese Diskussion wurde vom Gesetzgeber aufgenommen³⁷. Dass tatsächlich nur eine teilweise Regelung erfolgte, trotz der vorgetragenen Nichtantizipierbarkeit von Ausnahmesituationen reicht für eine Analogiebegründung bei weitem nicht aus³⁸.

Eine Rechtfertigung von verfassungswidrigen Eingriffen entsprechend der oben angeführten Auffassung ist damit nicht vertretbar.

2. Teleologische Auslegung der polizeilichen Kompetenzen

Brugger argumentiert auch an dieser Stelle mit einem Gedankenexperiment. Angenommen, Erpresser haben einen Angehörigen entführt und der Betroffene fasst den Täter. Solange kein Polizist dabei ist, kann der Betroffene die Informa-

³²Maunz-Dürig Art. 20 VII Rdnr. 14

³³Vgl. dazu F. Müller, Das Schweigen der Verfassung in, ders., *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, hrsgg. von R. Christensen, 1990, S. 172 ff.

³⁴Stern Bd. 2 § 37 II 2 b.

³⁵Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. Aufl., 1994, S. 397

³⁶Selbst Stern, der zwischen nicht geschriebenem Verfassungsrecht *contra constitutionem* und *intra constitutionem* unterscheidet, geht davon in anderen Contexten aus. Stern, *Staatsrecht I*, 6 c.

³⁷BT Drucks. V/2873

³⁸Stern, S. 180 m.w.N.; bemerkenswert bleibt, dass das nicht Regelbare durch § 34 StGB geregelt werden soll

tionen über den Aufenthaltsort aus dem Täter herausprügeln. „Jetzt kommt die Polizei herein, des Bürgers Freund und Helfer, der die Sicherheit effektivieren soll, und plötzlich sinkt das Schutzniveau von ‚angemessen‘ auf ‚nichts‘, denn sobald der Polizist die Hand auf die Schulter des Rechtsbrechers gelegt und dadurch polizeilichen Gewahrsam begründet hat, beruft der sich nach herrschender Meinung auf die absolut geschützte Menschenwürde. Das heißt, wenn Sie jetzt noch versuchen sollten, aus dem Rechtsbrecher das Versteck herauszuholen, dann müsste der Polizist gegen Sie vorgehen. Und wenn Sie sich mit anderen zusammentun, um das Leben Ihrer Angehörigen zu schützen und das Versteck zu erfahren, dann müsste die Polizei notfalls mit Waffengewalt gegen Sie vorgehen. Das ist die Rechtslage! Das kann doch wohl nicht richtig sein! Das führt nun auf ein Problem des Polizeirechts. Ich habe Ihnen ja gesagt, Polizeirecht hat das allgemeine Ziel effektiver Gefahrenabwehr. Das funktioniert im Rechtsstaat folgendermaßen: Der Staat hat das Zwangsmonopol und bietet dem Bürger folgenden Vertrag an: ‚Ich nehme Dir die Möglichkeiten weg, Zwang anzuwenden, monopolisiere das bei mir. Beim Militär, nicht in unserem Fall, aber bei der Polizei. Ich mach das dadurch effektiv, dass ich das Ganze organisiere und mit Strukturen versehe; so kann ich es mir gleichzeitig leisten, in der Wahl meiner Mittel zurückhaltend zu sein.“³⁹

Hier wird von Brugger mit der Effektivität polizeilicher Gefahrenabwehr als Zweck gearbeitet. Dieses Zweckargument bedarf genauer Analyse. Die teleologische Auslegung zählt zu den zusammengesetzten Schlussformen, weil der Zweck zunächst begründet werden muss, bevor mit ihm gearbeitet werden kann.

a) Überschätzung des Zwecks

Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex. Sie übersieht bereits die funktionale Differenzierung zwischen Recht und Politik. Vor allem aber macht die Sprache und macht der rechtliche Kommunikationsprozess jeden Instrumentalismus zunichte. Zwecke kann man nur *in der Sprache* formulieren und verfolgen. Sie liegen ihr nicht im Sinn eines Repräsentationsmodells zu Grunde. Man sieht das schon daran, wie die herkömmliche Lehre die Zwecke des Gesetzes formuliert: es wird einfach eine bestimmte naheliegende Lesart des Normtextes zum Zweck des Gesetzes ernannt. So ist es etwa der Zweck einer Schadenersatznorm, dem Geschädigten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen. Dieses Vorgehen ist nicht nur zirkulär, sondern führt vor allem auch zu einem Voluntarismus, der willkürlich einzelne Lesarten als grundlegende Zwecke des Rechts auszeichnet.

Teleologische Auslegung hat also besondere Risiken. Denn häufig „(kann) das vermeintliche Abzielen auf den abstrakt gültigen Regelungszweck (...) nicht verdecken, dass hier tatsächlich massive Vorurteile, Wert- und Normvorstellungen

³⁹Brugger, Podiumsdiskussion, S. 17 f.

rechtspolitischer, allgemeinpolitischer, moralischer und religiöser Art unreflektiert zur Wirkung kommen.“⁴⁰

Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt⁴¹ und sie sogar zur Grenze vertretbarer Rechtsansichten macht: „Um eine sichere Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu gewährleisten und dem Gewaltenteilungsprinzip Beachtung zu verschaffen, darf im Wege der Auslegung die objektiv erkennbare Zielsetzung des Gesetzes nicht verfehlt werden. Diese bildet eine Grenze für die Rechtsanwendung in allen ihren Erscheinungsformen.“⁴² Auch wenn man den Zweck nicht einfach behauptet oder aus einer Paraphrasierung des Normtextes gewinnt, sondern ihn mit Hilfe der Canones ableitet, liegt hier das Willkürisiko darin, dass dieser Zweck an die Stelle der Wortlautgrenze tritt. Aus der instrumentellen Sicht wird so eine Instrumentalisierung des Rechts für die jeweiligen politischen Zwecke des Zeitgeistes.

b) Die Begründung des Zwecks

Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlussform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. „Die teleologische Interpretation ist kein selbstständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als *normgelöste* subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die Canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten.“⁴³

Die Herleitung des Zwecks entscheidet über die Einordnung des teleologischen Arguments. Wird er aus Wortlaut oder Systematik abgeleitet, spricht man von der objektiv teleologischen Auslegung. Wird der Zweck aus den Materialien bezogen, heißt die Methode subjektiv teleologische Interpretation.

⁴⁰DIETRICH BUSSE, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: FRIEDRICH MÜLLER (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*. Berlin 1989, 93 ff., 99.

⁴¹MARKUS FRISCH, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Münster 2000, 10, KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin / Heidelberg / New York 1991, 343 ff., FRANZ BYDILSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien / New York 1991, 556 f.

⁴²MARKUS FRISCH, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Münster 2000, 11.

⁴³Friedrich Müller / Ralph Christensen, *Juristische Methodik*. 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 364.

c) Risiken teleologischer Auslegung

Die teleologische Auslegung nach dem Regelungszweck gewinnt besonders dort an Bedeutung, wo die Rechtsordnung gewissermaßen im Fluss ist. Das ist beispielsweise im Europarecht der Fall. Entsprechend argumentiert der EuGH in seiner Rechtsprechung auffallend häufig teleologisch. Das betrifft vor allem die Abstützung der grammatischen Auslegung, bei der das Gericht das Problem einer in sich divergenten Mehrsprachigkeit von Recht zu bewältigen hat und überhaupt erst einmal über eine authentische Fassung von Normtexten entscheiden muss. Teleologische Auslegung ist aber auch dort besonders gefordert, wo die etablierte Rechtsordnung durch vollkommen neuartige Entwicklungen in der Welt herausgefordert wird.

Aus der Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich auch das besondere Problem mit ihr. Sie führt keineswegs zur Eindeutigkeit, sondern erbringt eine konfigierende Vielfalt von Ergebnissen. Dies gilt auch für die objektive Teleologie dort, wo der Normtext explizit eine Zweckbestimmung zum Ausdruck bringt. Folgen einer gewählten Lesart sind nicht zu überblicken. Das ergibt sich schon daraus, „dass historische Prozess und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im konkreten Fall.“⁴⁴ Aber selbst wenn es gelänge, die Vielzahl von Kausalitätszusammenhängen klar zu strukturieren, verfügen jedenfalls Juristen nicht über das dafür erforderliche soziologische Instrumentarium. Die Wirkung als Kern des Arguments für die Wahl der Lesart bleiben somit weitgehend unbestimmt. Als weitere Überlegung kommt hinzu, dass die Effektivität einer Foltermaßnahme gar nicht gesichert ist: „Herr Brugger, wenn die Polizei die Hand auf die Schulter des Verbrechers legt, kann er nicht mehr geprügelt und gelyncht werden. Und wir wissen doch zumindest aus den Filmen, dass es oft genug eben nicht der Rechtsbrecher ist, den die aufgebrachte Menge meint, endlich erwischt zu haben, und an dem sie sich austobt. Deswegen wird er geschützt, und ob er wirklich der Rechtsbrecher ist oder nicht, stellen wir im Verfahren fest und nicht vorneweg auf Verdacht. Dem gegenüber ist effektive Gefahrenabwehr auf die Abwehr der Verdachtsgefahr und der Anscheinsgefahr (gerichtet), und so werden, wenn bei ihren Gefahrenszenarien der Störer gefoltert werden darf, nach der polizeirechtlichen Logik auch der Verdachts- und der Anscheinsstörer gefoltert.“⁴⁵

Zum zweiten ist die teleologische Auslegung einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf die gesetzlichen Zwecke ausgesetzt. Man kann sich angesichts der vielen divergierenden Zielsetzungen, die sich in einer pluralistischen und zudem hochdifferenzierten Gesellschaft mit einer Norm verfolgen lassen, nicht sicher sein, wie der Zweck in Abgrenzung zu weiteren Zwecken zu bestimmen ist. Was Brugger in seinem Argument verschweigt, ist genau die Mehrheit von Zwecken. Das Polizeirecht dient nicht einfach der effektiven Gefahrenabwehr. Sonst könnte

⁴⁴Philippe Mastornardi, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: *Gesetzgebung heute* (1998) 2/3, 69 ff., 69.

⁴⁵Schlink, Podiumsdiskussion, S. 8.

man sich mit einer Regelung der polizeilichen Zuständigkeit begnügen. Es dient vielmehr auch der verhältnismäßigen Gefahrenabwehr und ist insoweit an Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip gebunden. Die Effektivität ist damit weder der beherrschende, noch der einzige Zweck und muss daher hinter den Grundrechten des betroffenen Täters zurücktreten. Die teleologische Auslegung ist damit nicht zielführend.

3. Größenschluss aus den Regeln über den polizeilichen Todesschuss

Im Größenschluss wird von der Möglichkeit eines weitergehenden Eingriffs auf die Zulässigkeit eines geringfügigeren Eingriffs geschlossen. Dieser Schluss wird gemeinhin formuliert als *argumentum a maiore ad minus* oder auch *maius minus continet*.

Der Schluss vom Größeren auf das darin enthaltene Kleinere ist aber nur möglich, wenn es sich wirklich um eine rein quantitative Verschiedenheit handelt. Qualitative Differenzen können mit dem Größenschluss aber nicht überbrückt werden. Die Folter ist aber kein Minus zur Tötung, was man schon daran erkennen kann, dass manche Menschen bereit sind, zur Verteidigung ihrer Würde ihr Leben aufs Spiel zu setzen. Qualitative Unterschiede im Eingriff können nicht überwunden werden. Daran scheidet der Größenschluss im vorliegenden Fall.

4. Analogieschluss aus den Regeln über den polizeilichen Todesschuss

Aufgabe des Umkehrschlusses ist es nachzuweisen, dass „von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist.“⁴⁶ Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es beim Umkehrschluss um Verknappung. Er ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Ausschluss. Mit dem Umkehrschluss lehnt man eine Analogie ab. Er ist in einem demokratischen Rechtsstaat die naheliegende und nicht der Begründung bedürftige Lesart. Erst die Analogie bedarf einer besonderen Begründung.

Die Möglichkeit eines Analogieschlusses besteht, wenn eine so genannte Lücke im Gesetz vorliegt. Dabei ist der herkömmliche Begriff der Lücke äußerst unklar. Um diesen Begriff rechtsstaatlich präzise handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine Lücke im Gesetz annehmen zu können, ein Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt.

a) Begründung der Lücke

Das vorausgesetzte Regelungsziel bedarf einer Begründung. Ohne eine solche Begründung ist davon auszugehen, dass das Gesetz eine abschließende Regelung

⁴⁶Michael Potacs, *Auslegung im öffentlichen Recht*. Baden-Baden 1994, 157.

darstellt und das fragliche Ziel eben gerade nicht enthält. Im Strafrecht ist dies durch Art. 103 Abs. 2 GG vorgegeben. Eine darüber hinausgehende Argumentation ist dort nicht mehr möglich. Das StGB ist abschließend. In anderen Rechtsgebieten besteht dieses Verbot nicht. So dass die regelmäßig anzunehmende Lesart, das Gesetz sei eine abschließende Regelung, mit entsprechenden Argumenten widerlegt werden kann.

Eine Lücke im Text kann man nicht in gleicher Weise erkennen wie ein Loch im Gewebe des Tischtuchs. Man kann sie nicht wahrnehmen, sondern sie muss mit Argumenten begründet werden. Rechtspolitik genügt als Begründung nicht. Denn die Annahme einer Lücke ist „keine Aussage über einen Gegenstand und seine Defektheit, sondern ein Werturteil über die Regelungsbedürftigkeit und -möglichkeit (...)“⁴⁷.

Die rechtspolitischen Wunschvorstellungen eines Richters, Gutachters oder Rechtunterworfenen können dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffenen Text nicht entgegengehalten werden. Zwei Strategien zur Begründung einer Lücke sind allerdings legitim: Einmal die Ableitung der Lücke aus der Entstehungsgeschichte. Dabei wird über genetisches und evtl. historisches Element ein bestimmter Plan des Gesetzgebers nachgewiesen, welcher im Text nur unvollständig realisiert ist. Dann liegt eine so genannte planwidrige Lücke vor. Daneben gibt es noch die so genannte Wertungslücke. Dabei wird eine höherrangige Norm oder ein höherrangiger Normenkomplex zur Begründung der Lücke herangezogen. Beide Strategien haben allerdings auch Probleme. Die planwidrige Lücke setzt zum einen den Plan voraus. Diesen kann man mit Hilfe der Regierungsbegründung oder der Debatte in Ausschüssen oder Plenum des Parlaments begründen. Die entscheidende Engstelle ist aber der Nachweis, dass dieser Plan aus einem Fehler des Gesetzgebers heraus nur unvollständig realisiert wurde. Dieser Nachweis bedarf des Einsatzes aller Konkretisierungselemente und dürfte nur extrem selten zu führen sein.

Die Wertungslücke setzt demgegenüber die Konkretisierung einer höherrangigen Vorschrift voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höherrangigen Vorschrift nur unvollständig realisiert ist. Aber selbst wenn diese Argumentationssequenz gelingt, stellen sich noch weitere normative Probleme. Diese ergeben sich aus dem Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Denn der Richter ist nicht befugt, an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Verfassung zu Normtexten zu konkretisieren. Daher erscheint im Hinblick auf Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich nur eine Analogie zu Gunsten des Bürgers denkbar, nicht aber eine Analogie zu Lasten des Bürgers.

⁴⁷Vgl. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main 1972, 177 ff., 179; HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin / New York 1993, 281 ff.

b) Die Reichweite der Lücke

Wenn die Begründung des Regelungsziels gelungen ist, muss festgestellt werden, inwieweit dieses Regelungsziel im Gesetz realisiert ist. Hier liegen die größten Schwierigkeiten in der von der herkömmlichen Jurisprudenz gepflegten Sprachtheorie und Rechtsnormtheorie. Wenn man mit dem klassischen Gesetzespositivismus das Gesetz als anwendbaren Befehl versteht, hat man immer, wenn dies nicht möglich ist, eine Lücke. Die Rechtsordnung bestünde dann fast nur noch aus Lücken. Denn das Gesetz ist praktisch nie ein anwendbarer Befehl. Der Bereich der Lücken bleibt fast genauso groß, wenn man mit der herkömmlichen Auslegungslehre das Gesetz als dem Fall vorgeordnete normative Substanz versteht. Eine solche normative Substanz stellt sich bei genauer Betrachtung immer als Projektion heraus, so dass man Lücken nur vermeiden kann, wenn man genaue Betrachtungen des Gesetzes vermeidet. Erst wenn man den Normtext als Eingangsdatum für die *lege artis* herzustellende Rechtsnorm begreift, lässt sich der aktive Anteil des Richters an der Entscheidung innerhalb der Gesetzbindung begreifen. Damit kann die Überforderung des Gesetzes und die grenzenlose Expansion des Lückenbegriffs überwunden werden.

Man stößt dann allerdings auf ein zweites Erkenntnishindernis⁴⁸ in der juristischen Sprachtheorie. Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzespositivistische Norm, welche eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim ist oder nicht.⁴⁹ Wenn die Regel dies nicht erlaubt, im Bereich von Vagheit, Mehrdeutigkeit usw., muss dann mit Prinzipien gearbeitet werden. Wenn die Sprachregel so aufzufassen wäre, gäbe es bei der sprachlichen Konstitution der Rechtsnorm wiederum nur Lücken. Tatsächlich sind aber Sprachregeln eher so beschaffen, wie die von den Juristen erfundenen Prinzipien. Das heißt, sie sind nur vorläufige Zwischenschritte bei der Interpretation und bedürfen einer genauen Abgrenzung und Abstufung im Verhältnis zu anderen Sprachregeln. Erst wenn man neben der herkömmlichen Rechtsnormtheorie auch noch die beschränkte juristische Sicht der Sprache aufgibt, kann man die Leistung des Gesetzes realistisch einschätzen und die Restgröße der Lücke präzise bestimmen.

c) Die Gesamtanalogie

Das häufigste Risiko des Analogieschlusses ist eine Gesamtanalogie, welche mit holistischen Größen argumentiert. Herangezogen wird dabei die Rechtsordnung als Ganzes, die Rechtsidee oder die Gerechtigkeit. Die Rechtsordnung als Ganzes oder die Gerechtigkeit sind als holistische Größen gerade nicht handhabbar. Auch wenn entschlossene Juristen immer wieder abgesunkene Philosopheme wie den Neuhegelianismus, Neukantianismus oder bestimmte Lesarten der Diskurstheorie

⁴⁸Vgl. zu diesem Begriff GASTON BACHELARD, *Le matérialisme rationell*. Paris 1972, 4 ff.

⁴⁹Vgl. dazu ROBERT ALEXY, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: DERS. / HANS-JOACHIM KOCH / LOTHAR KUHLEN / HELMUT RÜSSMANN, (Hrsg.) *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden 2003, 9 ff., 16 f.; DERS., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: ebd., 217 ff.

bemühen, vermag das nichts an dem Umstand zu ändern, dass Rechtsidee oder Gerechtigkeit als formulierbare Größen nicht zentral oder als zentrale Größen nicht formulierbar sind. Damit schlägt die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür um.

Genau dieses Risiko realisiert sich bei dem Versuch, die Möglichkeit polizeilicher Folter zu legitimieren. Es müsste dann in Bezug auf die Folter eine Regelungslücke im Polizeigesetz bestehen: „Zweifelloso liegt keine Formulierungslücke vor. Darunter ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung zu verstehen an einem Ort und in Bezug auf eine Frage, wo nach dem gesetzlichen Plan eine Regelung zu erwarten ist. Eine Formulierungslücke schließt § 35 BwPolG sicher aus: Zwang bei Vernehmungen ist ausnahmslos verboten. Doch es könnte eine Wertungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt ein bestimmtes Problem, tut dies aber auf eine Art und Weise, die unvernünftig und ungerecht ist.“⁵⁰

Hier eine Wertungslücke anzunehmen ist vollkommen unhaltbar. Eine solche Lücke entsteht nicht durch Berufung auf Vernunft oder Gerechtigkeit. Denn diese taugen 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. Deswegen ist eine Wertungslücke nur anzunehmen wenn eine höherstufige Norm an der entsprechenden Stelle eine Regelung fordert und diese fehlt. Im Gegenteil verbieten alle höherstufigen Rechtsquellen, von der Verfassung über das Europarecht bis zum Völkerrecht das Foltern eindeutig. Das Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung über das Foltern im Polizeigesetz ist damit gerade keine Lücke, sondern eine abschließende Regelung. Dies bestätigt auch der Verweis in der Standardmaßnahme polizeilicher Befragung auf § 136a StPO.

5. Abwägung zwischen Gefahr und Folterung

Wenn im Folterfall die Würde des Gefolterten gegen die Würde des Entführten steht, bedarf es nach Brugger einer Abwägung. Denn nach seinem Bild der Ampel zeigt die Rechtsordnung sowohl Rot für die Folterung als auch Grün für deren Notwendigkeit. Jetzt soll man eine Abwägung durchführen.⁵¹

Die Figur einer Abwägung als Grundlage für Freiheitseingriffe taucht in rechtlichen Grenzfällen öfters auf. Das BVerfG hat sich auf solche globalen Argumentationsweisen allerdings nicht eingelassen. Als einzige Ausnahme ist das Urteil zu nennen, welches die Kontaktsperre von Gefangenen vor Erlass eines entsprechenden Gesetzes für ausnahmsweise zulässig hielt. Das Bundesverfassungsgericht formuliert dabei: "Das Grundgesetz verwehrt dem Staat nicht schlechthin verfassungsrechtlich geschützte Güter, deren Bestand ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgt ist, zu bewahren, mag es sich bei solchen Rechtsgütern um Grundrechte oder andere verfassungsrechtlichen Schutz genießende Belange handeln. Diese Abwägung ist verfassungsrechtlich

⁵⁰ WINFRIED BRUGGER, Würde gegen Würde, in: *VBIBW* (1995), 446 ff., 448 f.

⁵¹ Vgl. dazu Brugger, Podiumsdiskussion, S. 15 u. ö.

unausweichlich, wenn sonst die staatlichen Organe die ihnen nach dem Grundgesetz und der verfassungsmäßigen Ordnung obliegenden Aufgaben nicht mehr sachgerecht wahrnehmen können. Dabei ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts davon auszugehen, dass die verfassungsmäßige Ordnung ein Sinnganzes bildet, ein Widerstreit zwischen verfassungsrechtlich geschützten Belangen mithin nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems zu lösen ist. In diesem Rahmen können auch uneinschränkbare Grundrechte Begrenzungen erfahren, denn schlechthin schrankenlose Rechte kann eine wertgebundene Ordnung nicht anerkennen. ... Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und die letzte Rechtfertigung herleitet."⁵²

Das Kontaktsperre ist allerdings in einer besonderen Situation ergangen. Kurz zuvor war Generalanwalt Buback von Terroristen getötet worden und man musste mit weiteren Anschlägen rechnen. Auch hier haben wir eine Einschränkung von Grundrechten ohne geschriebene Ermächtigungsgrundlage. Das Gericht entnimmt die Befugnis direkt aus der sogenannten letzten Rechtfertigung des Staates. Damit wird der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes durchbrochen und die funktionelle Gewaltenteilung verletzt. Denn nicht der Richter konkretisiert die Verfassung zu Gesetzen, sondern das Parlament. Aber hier geht es um die Einschränkung des Kontakts von Verteidigern zu ihren Mandanten, nicht um das Foltern durch die Polizei. Das Gericht hat auch nur vorweg genommen, was der Gesetzgeber schon plante. Natürlich ist diese Entscheidung falsch. Aber sie ist vollkommen isoliert geblieben und aus der speziellen Situation zu erklären. Es ist die einzige Entscheidung mit Terrorvorbehalt für die Verfassung geblieben und steht der sonst durchgängigen Tendenz der Rechtsprechung des BVerfG entgegen. Danach ist der Staat den Grundrechten gerade nicht übergeordnet, sondern auch da untergeordnet, wo er sich auf vorgeblich letzte Rechtfertigungen beruft.

Aber auch wenn das Bundesverfassungsgericht dies ablehnt, muss trotzdem diskutiert werden, ob die Abwägung zwischen Würde und Würde als Rechtfertigung für die Folter taugt. Die Konjunktur der Abwägung ist natürlich eine Konsequenz der Schranken des klassischen Positivismus, der die Entscheidung aus einem im Text vorfindlichen Willen des Gesetzes ableiten will. Diese Annahme eines mit dem Text verbundenen Willens war praktisch nie einlösbar. Abwägungstheoretiker wollen nun an die Stelle eines solchen positivistischen Gesetzes ein situatives Arrangement von Werten setzen, welches das öffentliche Interesse, das

⁵²BVerfG NJW 78, 2237- Kontaktsperreurteil

vorher nur objektiv vorgegeben war, für die Definition im Verfahren öffnet. Das Gesetz wird dann immer noch im Sinne des klassischen Positivismus als ein System generalklauselartiger Werte verstanden, das lediglich durch Abwägung geöffnet wird. An die Stelle eines vorgeordneten Willens, für den der Text nur als Behälter gilt, trete damit ein neues Verständnis des Gesetzes als Medium der Kommunikation.⁵³ Durch die Verwendung des Begriffs Medium für das Gesetz wird aber ein schiefes Bild erzeugt. Der wesentliche Aspekt wird verwässert. Das Recht ist nicht einfach Medium, sondern eben auch Form. Wir können uns keine Rechtsordnung vorstellen ohne die Möglichkeit, dass sich die ihr unterworfenen juristischen Funktionsträger auf Regeln berufen könnten, um ihr Tun zu rechtfertigen. Diese Regeln bilden zwar kein geschlossenes System, aber sie haben doch eine eigentümliche Widerständigkeit oder Realität, welche bei den Abwägungstheoretikern nicht vorkommt.⁵⁴

Das entscheidende Problem der Abwägung liegt darin, dass sie keine Schlussfigur ist, sondern eine Metapher. Das Bild der Waage suggeriert eine Rationalität, die gar nicht vorhanden ist. Wenn eine Argumentation als Abwägung versteht, verwendet man eine quantitative Metaphorik. Aber in rechtlichen Argumenten geht es nun einmal meistens um Qualitäten. Sollen Argumente verglichen oder gar abgewogen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage. Aber auch wenn man diese fände, wäre noch keine rationale Grundlage erreicht. Denn für eine Berechnung wäre ein subjektinvariantes, metrisches Prädikat der Form ‚Argument x wiegt n‘ herzustellen. Dies scheitert aber an der Unterschiedlichkeit der Präferenzen zwischen den Subjekten und der Nichttransitivität der Präferenzrelationen innerhalb desselben Subjekts, vor allem aber der Gewichtsverschiedenheit der gleichen Argumente in verschiedenen argumentativen Contexten. Abwägung kann damit kein eigenes Verfahren sein. Sie ist höchstens eine abkürzende Bezeichnung für die genaue systematische Ermittlung der Reichweite konfligierender Vorschriften. Mit der Abwägung kann man damit die Ergebnisse der Systematik gerade nicht korrigieren. Die juristische Welt ist eben komplexer als das Rot und Grün einer Ampel.

V. Foltern als Konsequenz des Gesellschaftsvertrages?

Das letzte von Brugger vorgetragene Argument ist nicht methodischer, sondern rechtsphilosophischer Natur. Es leitet die Notwendigkeit der Folter aus einer

⁵³Vgl. dazu Ladeur, „Abwägung“ – Ein neues Rechtsparadigma?, in: ARSP 1983, S. 463 ff., 474.

⁵⁴Inzwischen sieht allerdings Ladeur selbst, dass die Abwägung mit der ihr zugeordneten Rolle überfordert ist. Im Rahmen der Ausarbeitung einer Rechtstheorie, die den komplexen Problemen des Übergangs von der Ressourcenökonomie zur Informationsökonomie gerecht werden will, formuliert er die Forderung „über punktuelle ‚Abwägungen‘ hinaus nach Begrifflichkeiten zu suchen, die für die größere Dynamik der Selbständerung der Gesellschaft besser sensibilisiert sind.“ Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, Berlin 1992, S. 11. Vgl. dazu auch jetzt ders., Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004.

Definition des Wesens des Rechts her. Die Argumentation geht hier aufs Ganze. Entwickelt wird dieses Argument im Rahmen einer Podiumsdiskussion mit Bernhard Schlink. Für Schlink liegt die Frage nach dem Foltern auf der Grenze des Rechts: „Man mag den Polizeibeamten, der Bruggers Erpresser prügelt, bis er das Versteck rauskriegt, begnadigen. Aber doch nicht deswegen die ganze Rechtsordnung umkrepeln und das Tabu der Folter brechen! Ich vermute, Kollege Brugger wird damit, dass rechtswidrig bleibt, was in seinem Beispiel doch so wichtig und rettend und schützend ist, nicht zufrieden sein. Aber die Welt geht juristisch nicht immer auf. Es gibt die Konflikte zwischen dem Recht und der Moral, auch zwischen dem Recht und dem Nützlichen, dem Ökonomischen, dem Ästhetischen. Es gibt die Konflikte, und mit den Konflikten müssen wir leben. Es kommt mir seltsam und sogar gefährlich vor, die persönliche Verantwortung, auf die in solchen Konflikten alles ankommt, durch eine juristische Wohlordnung von allem und jedem Erübrigte zu sehen. Es gibt keine Wertungslücke. Es gibt manchmal eine Differenz zwischen dem, was rechtlich geboten ist und was moralisch, nützlich, ökonomisch, ästhetisch usw. ist. Für die Differenz hat Luhmann ein ganz feines Gespür gehabt, und ich denke, Sie sind tatsächlich seiner Ironie auf den Leim gegangen. Seine Ironie, mit der er dem Juristen vor Augen führen will, wohin es kommt, wenn er diese Differenz nicht mehr kennt.“⁵⁵ Schlink weist damit darauf hin, dass es in der Rechtsordnung einer funktional-differenzierten Gesellschaft keine Sicherheit darüber geben kann, ob die vorgenommene Unterscheidung von Recht und Unrecht wirklich Recht ist. Es bleibt Wertungsdivergenzen sowohl in der Rechtsordnung als auch zwischen der Rechtsordnung und anderen Systemen. Deswegen handelt es sich bei diesem Folterproblem für Schlink um eines der Grenzprobleme des Rechts.

Brugger will bei dieser Paradoxie des Rechts nicht stehen bleiben. Er will Klarheit. Deswegen seine Entgegnung: „Aber wir sind nicht nur an der Grenze des Rechts, wir sind auch im Zentrum des Rechts. Das Recht ist angetreten als eine Ordnung, die was jedenfalls verhindert? Denken Sie an Hobbes, denken Sie an das klassische Völkerrecht. Beide wollen diese Art von Lebensbedrohung für die Bürger verhindern. Deshalb gibt es auch die Gesellschaftsvertragstheorie: life, liberty and property. Life steht an erster Stelle. Die staatliche Organisation muss sich am Lebensschutz bewähren oder auch nicht, und wenn sie das nicht tut, dann verliert sie das Gewaltmonopol. Wir sind also gleichzeitig, so etwas gibt es auch, im Zentrum des Rechts und an der Grenze des Rechts.“⁵⁶ Der Gesellschaftsvertrag, Gewaltmonopol gegen unbedingten Schutz, ist also das Wesen des Rechts. Wenn das Zentrum feststeht, haben wir die stratifizierte Ordnung des alteuropäischen Denkens restituiert. Vom privilegierten Ort des Wesens her, lässt sich der Konflikt zwischen Prinzipien entscheiden. Die Ampel

⁵⁵Schlink, Podiumsdiskussion.

⁵⁶Brugger, Podiumsdiskussion, S. 24; vgl. dazu auch ders. S. 18 „That’s the deal: Wir verzichten auf ein paar Mittel, aber durch die Organisation der Polizei machen wir das Schutzniveau gleich. Wenn das aber vorhersehbar nicht der Fall sein sollte, dann gilt dieser Gesellschaftsvertrag, rechtsphilosophisch gesprochen, nicht mehr. Dann hat der Staat nicht mehr das Monopol legitimer Gewalt. Dann muss er das Monopol aufgeben und die Selbstverteidigungsgewalt an den Bürger zurückgeben. Das will doch niemand!“

kann auf Grün gestellt werden. Folter ist unter bestimmten Bedingungen möglich. Das Recht hat seine Wahrheit und deswegen kann es auch foltern.

Die Argumentation von Brugger nimmt Zugriff auf das Sinnganze der Rechtsordnung, indem er diese auf ein Zentrum hin reduziert. Dieses Zentrum ist seine Auffassung des Gesellschaftsvertrages. Dieser garantiert für Brugger die Kohärenz des Systems. Die traditionell normative Vorstellung des geschlossenen Rechtssystems mit Sinnzentrum Gerechtigkeit ist tief im alteuropäischen Denken verankert. Aber das heißt nicht, dass sie in der Praxis einlösbar sei. Wenn man in einem Rechtsstreit von dogmatischen Inhalten über methodische Aussagen zu grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen gelangt, findet man dort kein festes Fundament. Man hat damit zwar eine Bewegung im diskursiven Netz des Rechts vollzogen, aber diese führt nicht von der Unsicherheit in die Gewissheit; eher im Gegenteil. In einer pluralistischen Gesellschaft sind die letzten Grundlagen besonders divergent und die diskursiven Vorkehrungen institutioneller Art laufen gerade darauf hinaus, diesen Streit zu vermeiden. Die Gerechtigkeitsvorstellungen liefern keinen letzten Horizont des rechtlichen Wissens, aus dem die Entscheidung konkreter Streitigkeiten *deduziert* werden könnte. Vielmehr liegt die Leistung des Rechts für die funktionale Differenzierung genau darin, auf dem Weg über die Trennung von Recht und Moral diese letzten Grundlagen aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten. Hinter diesen Stand kann man nicht zurück. Ein Archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts fixieren könnte, ist nicht verfügbar. Man kann nur versuchen, Widersprüche in der Rechtsordnung zu vermeiden.

Die traditionelle Lehre hatte den Weg vom Textäußeren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Ein Gericht darf sich nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen. Die so genannte „vertikale Auslegung“⁵⁷ soll ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben oder einer anderen Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet. Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

Die Gründe dafür sind prinzipieller Art. Sie liegen im Begriff des letzten Kontexts: „Der gesamte Kontext jedoch ist weder prinzipiell noch in der Praxis beherrschbar. Bedeutung ist kontextgebunden, der Kontext jedoch ist unbegrenzt.“⁵⁸ Die Unbegrenztheit des Kontextes erscheint zunächst kontraintuitiv, denn unser Blick ist fokussiert. Aber die Fokussierung erfolgt vor einem *offenen*

⁵⁷ Bleckmann, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *ders.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

⁵⁸ Culler, Dekonstruktion, 1988, S. 137.

Horizont, der gerade nicht zu fassen ist: „Der Kontext ist in einem doppelten Sinn unbegrenzt. Erstens steht jeder Kontext einer weitergehenden Beschreibung offen. Im Prinzip gibt es keine Begrenzung, was in einen gegebenen Kontext eingeführt werden oder sich als für die Performanz eines bestimmten Sprechakts als relevant erweisen könnte. Diese strukturelle Offenheit des Kontextes ist für alle Disziplinen wesentlich: Der Wissenschaftler entdeckt Faktoren, die vorher als für das Verhalten gewisser Objekte nicht relevant galten; der Historiker bewertet bestimmte Ereignisse unter dem Aspekt neuer oder neu interpretierter Daten; der Literaturkritiker stellt eine Beziehung zwischen einer Passage und einem Text oder Kontext her, die diese in einem neuen Licht erscheinen lassen.“⁵⁹ Gerade weil die Bedeutung vom Kontext bestimmt wird, ist sie für Veränderungen offen. Und es kommt noch ein zweiter Grund hinzu. „Der Kontext ist auch in einem anderen Sinne nicht beherrschbar: Jeder Versuch zur Kodifizierung des Kontexts kann auf den Kontext, den er beschreiben will, aufgepfropft werden und so einen neuen Kontext schaffen, der sich der vorherigen Formulierung entzieht. Versuche, Grenzen zu beschreiben, ermöglichen immer eine Verschiebung dieser Grenzen; so hat Wittgensteins Ausführung, dass man nicht 'Bu Bu Bu' sagen und damit 'wenn es nicht regnet, gehe ich spazieren' meinen kann, paradoxerweise die Möglichkeit geschaffen, genau dies zu tun.“⁶⁰

Wenn man diese grundlegenden medialen oder texttheoretischen Zusammenhänge ausblendet und das Ganze besetzt, verlässt man den Bereich überprüfbarer Argumentierens. Das Sinnzentrum ist entweder als herrschendes nicht formulierbar oder als formulierbares nicht beherrschend. Damit entzieht sich dem Staat und der Rechtsordnung eine letzte Rechtfertigung. Folglich kann sie auch keine Ermächtigungsgrundlage für staatliches Handeln sein. Das heißt, wer zur Rechtfertigung seiner Position das Ganze besetzen muss, hat verloren, auch wenn er es selbst nicht bemerkt.

Mit der Ironie eines kleinen Falles wollte Luhmann zeigen, dass es für die Unterscheidung von Recht und Unrecht keine sichere Grundlage einer letzten unverzichtbaren Norm gibt. Wir müssen mit der Offenheit und Unsicherheit dieser Unterscheidung leben. Nur dann ist Recht als Grundlage des Pluralismus möglich. Diese Botschaft ist bei Herrn Brugger nicht angekommen. Er meint es ernst mit dem Foltern.

⁵⁹Ebenda, S. 137.

⁶⁰Ebenda, S. 138.