



*Inga Strem lau*

**LG Frankfurt a. M. v. 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04)  
Androhung unmittelbaren Zwangs bei polizeilicher Vernehmung  
(Der Fall „Daschner“)**

**I. ZUSAMMENFASSUNG**

Eine im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gegenüber dem Vernommenen geäußerte Drohung, man werde ihm unter ärztlicher Aufsicht Schmerzen zufügen, wenn er keine wahrheitsgemäßen Angaben z.B. bezüglich des Aufenthaltsortes eines entführten Kindes mache, stellt eine unzulässige Nötigungshandlung i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB dar. Eine abweichende Bewertung ist entgegen der im Schrifttum erörterten Ausnahmen bzw. Grenzfälle jedenfalls dann nicht zu rechtfertigen, wenn die in der konkreten Situation in Frage stehenden Verdachtsmomente noch nicht ausreichend sicher ermittelt und gesetzlich zulässige Ermittlungsmaßnahmen noch nicht ausgeschöpft sind.

**II. SACHVERHALT, VEREINFACHT**

Der Jurastudent Markus Gäfgen hatte einen elfjährigen Jungen (Jakob M.) in seine Gewalt gebracht und getötet, um von der Familie des – bereits toten Kindes – ein Lösegeld zu erpressen. Nachdem Gäfgen drei Tage nach der Entführung bei der Abholung des Geldes beobachtet und festgenommen worden war, konzentrierten sich die polizeilichen Ermittlungen zunächst auf die Feststellung des Aufenthaltsortes des Opfers, da die Polizei davon ausging, dass das Kind noch am Leben sei und in einem Versteck festgehalten werde. Gäfgen leitete durch sein Aussageverhalten die behördlichen Nachforschungen in den darauf folgenden Tagen mehrfach bewusst fehl. Wolfgang Daschner, zum Zeitpunkt der Entführung stellvertretender Behördenleiter, sah das Opfer wegen Nahrungs- und Flüssigkeitsentzuges, der Außentemperatur und der fortschreitenden Zeit in akuter Lebensgefahr und beauftragte aus diesem Grund E, den amtierenden Leiter der Ermittlungen, bei der weiteren Befragung des Gäfgen diesem mit dem Einsatz physischen Zwangs zu drohen, um ihn zur endgültigen Preisgabe des Versteckes zu veranlassen. Gäfgen räumte daraufhin ein, dass Jakob M. bereits tot sei und führte die ermittelnden Beamten zum Fundort der Leiche.

**III. VORBEMERKUNG**

Sowohl das LG Frankfurt als auch ein Großteil der kritischen Literaturmeinungen scheinen sich im Großen und Ganzen in einem Punkt einig zu sein: Der Einsatz von Foltermaßnahmen staatlicher Vertreter zur Abpressung von Geständnissen in Vernehmungssituationen verstößt gegen deutsche Gesetze sowie internationale Verträge und Konventionen (genannt seien hier insbesondere die für den Fall entscheidenden Art. 1 Abs. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG, §§ 240, 357 StGB, § 136a StPO, § 12 HessSOG, Art. 3 EMRK und Art. 2 Abs. 2 UN-Anti-Folter-Konvention). Umso überraschender ist es, warum seit dem im Fall Daschner ergangenen Urteil plötzlich über ein mögliches Abweichen von der früheren Selbstverständlichkeit des Folterver-

bots diskutiert wird.<sup>1</sup> Die Antwort scheint nahe liegend. Vor dem Fall Daschner war allgemein anerkannt und nicht bezweifelt worden, dass Foltermaßnahmen schwerwiegend in die verfassungsrechtlich garantierte Absolutheit der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen und ein Staat unter keinen Umständen zu derartigem Verhalten ermächtigt werden darf. Denn mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Folterverbots wollte man unter allen Umständen vermeiden, dass sich ähnliche Geschehnisse in der Zukunft wiederholen könnten. Doch seit dem Fall Daschner sieht man sich einem ganz neuen Problem gegenüber. Man empfindet gewisses Verständnis für die Motive des Folternden. Und mit einem Mal ist es nicht nur die Menschenwürde des Vernommenen, die es zu schützen gilt, sondern zusätzlich die eines unschuldigen Entführungsopfers, dessen Leben von der eben genannten Verletzung abhängt. Der Staat befindet sich in der widersprüchlichen Situation, abwägen und entscheiden zu müssen, wessen Menschenwürde er im konkreten Fall verletzen darf.<sup>2</sup> Denn das staatliche Unterlassen des Schutzes der Menschenwürde scheint bei grundsätzlicher Betrachtung kein geringerer Verfassungsverstoß zu sein, als das staatliche Einwirken in die Würde des Menschen, da beide Verpflichtungen in einer Grundrechtsnorm enthalten sind, die keinen Gesetzesvorbehalt kennt.<sup>3</sup> Daher lässt sich wohl erklären, warum überhaupt Uneinigkeit darüber besteht, wie das bloße Androhen von Folter im Gesamtkontext zu bewerten ist, obwohl bereits andere Urteile, z.B. des BVerfG<sup>4</sup> und des EGMR<sup>5</sup>, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Fall Daschner stehen, keinerlei Zweifel aufkommen lassen, dass auch eine bloße Folterandrohung im Lichte der geltenden Vorschriften keine Ausnahme darstellen kann. Es stellt sich die Frage, wie ein Verhalten sanktioniert werden soll, das zwar gegen geltendes Recht verstößt, aus sozialetischer Perspektive jedoch vielleicht nicht als Unrecht gewertet werden sollte. So werden Stimmen laut, die Folter in Sonderfällen, z.B. zur Rettung von Menschenleben (sog. „Rettungsfolter“) rechtfertigen wollen<sup>6</sup>, solche, die tatsächliche Foltermaßnahmen zwar ablehnen, eine Androhung jedoch zum Zwecke der Bewahrung von Menschenleben erlauben wollen<sup>7</sup> und wiederum andere, die eine Rechtfertigung Daschners über die allgemeinen Vorschriften des StGB, etwa Notwehr und Nothilfe, erwägen<sup>8</sup>. Die Trennung von Folter und der gesetzlich nicht ausdrücklich verbotenen Folterandrohung hat zur Folge, dass bei der Frage nach dem Ob und Wie der strafrechtlichen Sanktionierung der erfolgten Folterandrohung auf jeder Prüfungsebene (TB, Rechtswidrigkeit, Schuld, Strafzumessung) verschiedene Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen und auf ihr Für und Wider hin untersucht werden müssen. So löste das LG die Problematik letztlich auf der Strafzumessungsebene, während in der Literatur vor allem das Vorliegen allgemeiner Rechtfertigungsgründe diskutiert und als plausibelste Lösung in Erwägung gezogen wird.

#### IV. ENTSCHEIDUNG

Das LG Frankfurt a. M. befand E der Nötigung im Amt (§ 240 Abs. 1 StGB) und D der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt (§ 357 Abs. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1 StGB) für schuldig, wobei für beide Angeklagte eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen wurde und das Gericht sich folglich die Verurteilung zu Geldstrafen vorbehielt. Das Gericht wies ausdrücklich darauf hin, dass für beide Angeklagte

---

1 Prittowitz, Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat, in: Festschrift für Herzberg (2008), S. 515, 536.

2 Prittowitz, FS Herzberg, S. 515, 536.

3 Götz, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, NJW 2005, 953, 955.

4 BVerfG NJW 2005, 656, zur Frage der Beweisverwertung.

5 Der Fall *Gäfgen gegen Deutschland* EGMR NStZ 2008, 699 ff; *aktuell*: EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05.

6 So etwa Götz, NJW 2005, 953, 957.

7 So etwa Herzberg, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, 321-328.

8 Zur Anwendbarkeit des § 32 StGB etwa Herzberg, JZ 2005, 321 ff., sowie Erb, Nothilfe durch Folter, Jura 2005, 24 ff. und *ders.*, Notwehr als Menschenrecht NStZ 2005, 593 ff.; zur fehlenden Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB Prittowitz, FS Herzberg, S. 515 ff; zu einer möglichen Exkulpation in Fällen der Nothilfe gem. § 33 StGB Jäger, FS Herzberg, S. 539 ff.

keinerlei Rechtfertigungsgründe ersichtlich seien und dass auch die in § 240 Abs. 2 StGB verlangte Verwerflichkeit sowohl in der Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck, vor allem aber auch in der dadurch verursachten Verletzung der Menschenwürde des G gem. Art. 1 Abs. 1 GG zu erblicken sei.

Den Ausschluss der Rechtfertigung begründete das LG in zweierlei Hinsicht. Zum einen sei aus den Vorschriften der hessischen Gesetze keine Ermächtigungsgrundlage für das Handeln ersichtlich, da § 12 Abs. 4 HessSOG auf § 136a StPO verweise und demnach eine Auskunft zur Gefahrenabwehr nicht in der dort beschriebenen Weise, also z.B. durch Drohung mit Schmerzzufügung, erlangt werden dürfe. Zum anderen müsse man das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 32, 34 StGB auch dann verneinen, wenn man die generelle Anwendbarkeit der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe für Privatpersonen auch auf Hoheitsträger befürworte. Denn § 32 StGB scheitere bereits am Nichtvorhandensein einer Notwehrlage, da das Kind zum Zeitpunkt der Androhung bereits tot gewesen sei. Das Vorliegen eines vorsatzausschließenden Irrtums wird unter der Begründung abgelehnt, dass die Angeklagten zwar über den Tod des Kindes irrten, nicht jedoch über die Voraussetzungen des § 32 StGB. Sie hätten wissen müssen, dass die Erforderlichkeit der Maßnahme zu verneinen und eine Androhung mit Schmerzzufügung bei Betrachtung des Stufenkonzepts in der konkreten Situation nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel war. Die Anwendbarkeit des § 34 StGB sei ebenfalls abzulehnen, da dieser voraussetze, dass die Gefahr nicht anders abwendbar sei und die Androhung ein angemessenes Mittel darstelle, was im konkreten Fall jedoch nicht zutrefte, da im Sinne des Stufenkonzepts zumindest die Konfrontation des Täters mit den Geschwistern des Opfers als milderer Gegenmittel zur Verfügung gestanden hätte. Außerdem sei die Handlung im Sinne des § 32 StGB weder geboten noch als angemessenes Mittel im Sinne des § 34 StGB anzusehen, da sie insgesamt gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG normierte unantastbare Menschenwürde, sowie gegen Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und internationale Verträge und Konventionen, wie etwa Art. 3 EMRK, verstoße. Dabei betont das Gericht erneut die Wichtigkeit und Unabänderlichkeit der Achtung der Menschenwürde als Grundlage unseres Rechtsstaates. Der Verfassungsgeber habe vor allem im Hinblick auf die deutsche Vergangenheit bewusst die Menschenwürde an den Anfang des GG und somit vor das Recht auf Leben, welches erst im Art. 2 Abs. 2 GG normiert sei, gestellt und sie zusätzlich zwecks Vermeidung einer Wiederholung der geschichtlichen Ereignisse mit der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG ausgestattet. Mache man entgegen der eindeutigen Gesetzeslage diesbezüglich eine Ausnahme, so sei der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde in seiner Absolutheit durchbrochen und einer Abwägung zugänglich gemacht, was einem Tabubruch gleichkäme. Auch bei einem Vergleich des Falles mit anderen zuvor diskutierten ähnlich gearteten Ausnahmefällen („ticking-bomb-Fälle“, finaler Rettungsschuss), müsse man vor allem im Hinblick darauf, dass die Verdachtsmomente noch nicht ausreichend sicher ermittelt und die zulässigen Ermittlungsmaßnahmen noch nicht ausgeschöpft waren, zu dem Ergebnis kommen, dass der vorliegende Fall keine so geartete extreme Ausnahme darstelle.

Auch auf Ebene der Schuld sieht das LG keinerlei Anlass zur Annahme von etwaigen Entschuldigungsgründen. Das Vorliegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB wird mit der Begründung abgelehnt, die Angeklagten hätten bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit gerechnet, Unrecht zu tun, dies aber trotz eigener und auf Seite der Kollegen bestehenden Bedenken in Kauf genommen. Außerdem seien beide Angeklagte erfahrene Beamte mit Vorgesetztenpositionen, von denen verlangt werden könne, dass sie die entsprechenden Normen des Polizeirechts, insbes. § 136a StPO kennen und vorschriftsmäßig anwenden könnten. Bei Zweifeln sei es ihnen zudem zumutbar als auch möglich gewesen, zumindest die zuständige StA mit einzubeziehen. Das Vorliegen der Voraussetzungen eines entschuldigenden Notstandes gem. § 35 StGB sei insgesamt zu verneinen, da das dort verlangte Näheverhältnis nicht vorliege. Denn die Verantwortung für das Kind beschränke sich bei den Beamten E und D auf ihre Verpflichtung zur Gefahrenabwehr.

Die Möglichkeit eines übergesetzlichen Notstandes wird mit Hinweis auf das Nichtvorliegen einer unlösba- ren Pflichtenkollision abgelehnt. Es werden Bedenken geäußert, die Bejahung eines übergesetzlichen Not- standes führe zu schnell zu Missbrauch und Generalermächtigung in schwierigen Situationen, sodass dieser nur in absoluten Ausnahmefällen angenommen werden könne.

Im Rahmen der Frage nach der Strafzumessung bejaht das LG zwar zunächst das Vorliegen eines Regelbei- spiels gem. § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB, weißt jedoch darauf hin, dass ein solcher Strafrahmen wohl im vorlie- genden Fall, in dem massive mildernde Umstände zu berücksichtigen seien, als eher unangemessen er- scheine. Als Beispiele für mildernde Umstände nennt das Gericht zunächst die vornehmliche Absicht beider Beamter, das Kind zu retten. Zudem sei bei D zu berücksichtigen, dass er sich als Vizepräsident in besonde- rer Verantwortung fühlte und sich erhöhtem Erfolgsdruck gegenüber der Behörde und der Öffentlichkeit ausgesetzt sah. Ihm sei außerdem zu Gute zu halten, dass er nicht unbedacht gehandelt habe, sondern sich vor Anordnung der Androhung ausführlich durch Lektüre wissenschaftlicher Aufsätze und durch Diskussi- on mit Kollegen mit der Materie vertraut gemacht habe und das Für und Wider abwogen hätte. Bei E sei wei- terhin zu berücksichtigen, dass er eigene zum Teil gleichaltrige Kinder habe. Zudem müsse ebenfalls beach- tet werden, dass die Ausnahmesituation, in der sich beide befanden, durch das skrupellose Aussageverhal- ten des juristisch fachkundigen Gäggen noch verstärkt worden sei, welches die Ermittler aufs Äußerste zu strapazieren vermochte. Beide Beamte hätten sich zudem in außergewöhnlicher Hektik befunden, da sie zum Tatzeitpunkt überlange im Dienst, erschöpft und müde gewesen seien. Durch den akuten Schlafmangel seien sie folglich an die Grenzen ihrer Belastbarkeit gestoßen, sodass die Hemmschwelle zur Tat insgesamt herabgesetzt worden sei. Da beide zudem ein tadelloses Vorleben aufweisen könnten, bestehe keinerlei Zweifel an einer für eine Geldstrafe gem. § 59 StGB verlangten günstigen Sozialprognose, sodass insgesamt ein Schuldspruch bejaht, eine Bestrafung jedoch mit der Begründung abgelehnt werden müsse, dass die Ver- teidigung der Rechtsordnung nicht die Verurteilung zu einer Strafe gebieten dürfe.

Abschließend weist das Gericht nochmals auf die Wichtigkeit hin, dass bestehende Gesetze und die in ihnen verkörperten Verfassungsgrundsätze von jedem Repräsentanten der Staatsgewalt zu achten seien, so schwer dies auch im konkreten Einzelfall sein möge.

## V. STELLUNGNAHME UND AUSBLICK

### 1. Stellungnahme

Insgesamt bleibt fraglich, warum im Anschluss an das Urteil überhaupt eine Diskussion über die eventuelle Zulassung von Ausnahmen von der Absolutheit des Folterverbots, bzw. das Herausziehen der Folterandro- hung aus dem allgemeinen Begriff der Folter, aufkommen konnte. Denn sowohl internationale Verträge und Konventionen, als auch die deutschen Gesetze verbieten unmissverständlich Foltermaßnahmen jeglicher Ausprägung und können auch nicht dahingehend uminterpretiert werden, dass eine sog. „Rettungsfolter“ unter bestimmten Voraussetzungen<sup>9</sup> und vor allem unter Biegung geltender Rechtsvorschriften zugelassen werden könnte.<sup>10</sup> Das Folterverbot gilt absolut. Wer eine Unterscheidung zwischen „guter“ und „böser“ Fol- ter macht und etwa die Androhung derartiger Maßnahmen erlauben oder „Rettungsfolter“ als eine Art spe- ziellen Rechtfertigungsgrund gesetzlich normiert sehen will, nimmt automatisch an einer Einschränkung dieses Verbots teil, was einem Tabubruch gleich käme.<sup>11</sup> Des Weiteren macht eine Unterscheidung zwischen

9 So etwa *Götz*, NJW 2005, 953, 956, der die „Rettungsfolter“ als „Gegenstand staatlicher Schutzpflicht“ bezeichnet und verlangt, dass internationale Konventionen dahingehend auszulegen seien.

10 Vergleiche *Jäger*, Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates, in: Festschrift für Herzberg (2008), S. 539, 544, der dort zutreffend anmerkt, dass das in §136a StPO verankerte Beweiserhebungsverbot „du sollst nicht foltern“ nicht einfach mit der Begründung „ich werde nicht verwerten“ missachtet werden darf.

11 Ähnlich *Prittwitz*, FS Herzberg, S. 515, 518, 520.

Folter und ihrer bloßen Androhung schon aus psychologischer Sicht keinen Sinn. Beide Komponenten bauen aufeinander auf und sollten daher als eine Art zweischrittiger Gesamttakt bewertet werden. Denn laut der gängigen Definition des Folterbegriffs, versteht man unter Folter gerade die psychische Willensbeugung des Opfers.<sup>12</sup> Und gerade weil das Ziel der Folter nur dann erreicht werden kann, wenn sich das Opfer psychisch beeinflussen lässt, würde es wenig Sinn haben, wie in Teilen der Literatur erwogen wird, eine Androhung der Folter in der Vernehmung unter gewissen Voraussetzungen zuzulassen, während man die tatsächliche Schmerzzufügung unter Verbot stellen will.<sup>13</sup> Dies wäre fern jeglicher Realität. Denn weiß das Opfer, dass eine Schmerzzufügung nicht erfolgen wird, so wird es auch durch die Androhung psychisch nicht beeinflussbar sein.<sup>14</sup> Ein Herausziehen der Androhung aus dem Begriff der Folter würde meiner Meinung nach daher lediglich eine nicht notwendige – da wenig Erfolg versprechende – Erweiterung des bereits bestehenden Stufenkonzepts darstellen. So vermag auch der Vergleich zur Effektivität eines durch einen Polizeibeamten erfolgten Warnschusses trotz verbotenen tatsächlichen Schusswaffengebrauchs gegenüber Personen nicht zu überzeugen.<sup>15</sup> Beispielhaft wird dafür angeführt, man werde ja auch nicht auf die Idee kommen einem Polizisten nach einem abgegebenen Warnschuss vorzuwerfen er habe „große seelische Schmerzen“ hervorgerufen und somit gefoltert.<sup>16</sup> Dieser Vergleich taugt deshalb nicht, weil einem Warnschuss gerade das oben genannte Wesen der Folter, also die prozedurale Unterwerfung unter einen fremden Willen fehlt.<sup>17</sup> Letztlich stellt sich also tatsächlich nicht die Frage nach einer Unterscheidung zwischen Folter und Folterandrohung, sondern zwischen Folter und der Pönalisierungspflicht im Falle eines Verstoßes.<sup>18</sup>

Betrachtet man nun also das im Fall Daschner ergangene Urteil, mag man zu dem Ergebnis kommen, dass das LG Frankfurt insgesamt, in Anbetracht der Komplexität der fallspezifischen Problematik und dem immensen Druck der Öffentlichkeit, einen für alle Beteiligten ertragbaren Mittelweg zwischen dem zu sanktionierenden Rechtsverstoß der Folterandrohung auf der einen Seite und der sozialetischen Bewertung der Gesamtumstände auf der anderen Seite gefunden hat. Das Gericht machte deutlich, dass Daschner und sein Kollege eindeutig mit ihrem Handeln gegen geltendes Recht verstoßen haben und zwar auch, obwohl sie die Folter nicht tatsächlich umsetzten, sondern „lediglich“ androhten, zeigte aber letztlich auch Verständnis bezüglich der persönlichen und tatspezifischen Umstände. Doch vermag die Urteilsbegründung bei näherer realitätsnaher Betrachtung nicht vollends zu befriedigen. Insbesondere die in der Literatur erwogene plausible Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB (bzw. „Putativnotwehr“, da das Kind zum Zeitpunkt der Tat bereits tot war) wurde durch das Gericht nicht hinreichend gewürdigt. Der Formulierung im Urteilstenor „[...] jedenfalls dann nicht zu rechtfertigen [...]“ kann zwar entnommen werden, dass das Gericht nicht von vornherein die Möglichkeit einer Rechtfertigung unter Hinzuziehung der Vorschriften über die allgemeinen Rechtfertigungsgründe ausschloss, jedoch wurde das Vorliegen der Voraussetzungen einer Putativnotwehr ohne weiteres mit der Begründung verworfen, Daschner und sein Kollege hätten mit der Folterandrohung nicht das mildeste Mittel gewählt, das ihnen nach dem Stufenkonzept zur Verfügung gestanden hätte. Zudem sei die Gebotenheit der Maßnahme schon deshalb zu verneinen, da eine Schmerzzufügung einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG darstelle und dieser grundsätzlich aus historischen Gründen

---

12 Ähnlich *Jäger*, Folter und Flugzeugabschuss - rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten?, JA 2008, 678, 680.

13 Wie dies *Herzberg* befürwortet in JZ 2005, 321, 325.

14 So auch *Roxin*, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, in: Festschrift für Eser (2005), S. 461, 464.

15 Vgl. z.B. §§ 61 Abs. 1, 64 PolG NRW.

16 Vergleich nach *Herzberg*, JZ 2005, 321, 325.

17 *Jäger*, FS *Herzberg*, S. 539, 545.

18 *Prittowitz*, FS *Herzberg*, S. 515, 524.

Vorrang vor Art. 2 Abs. 2 GG habe.<sup>19</sup> An dieser Stelle besteht nun tatsächlich Diskussionspotential vor allem in Bezug auf die Frage der Erforderlichkeit. Doch zuvor bedarf es der Klärung, ob das Notwehrrecht des § 32 StGB überhaupt auf Bürger in ihrer Funktion als Amtsträger übertragbar ist. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Zufügung von Schmerzen grundsätzlich (außerhalb spezieller gesetzlich normierter polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlagen) einen Eingriff in die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde darstellt und der Staatsgewalt als solcher ein derartiger Eingriff ausnahmslos untersagt ist.<sup>20</sup> Ein bedingungsloses Respektieren dieser Vorschrift scheint beinahe unzumutbar. Etwa angenommen, das entführte Kind hätte tatsächlich zum Zeitpunkt der Vernehmung noch gelebt, wer weiß, wie sich die Diskussion in der Öffentlichkeit wohl entwickelt hätte, wenn Daschner nach Ausschöpfung aller gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen nach Vorbild des Stufenkonzepts resigniert und von weiteren Maßnahmen abgesehen hätte, den Aufenthaltsort des Kindes herauszufinden und dieses nur aus diesem Grunde verstorben wäre. Hier liegt es doch nahe, dem Staatsdiener zumindest bei Existenz bedrohenden Angriffen ein individuelles Notwehrrecht einräumen zu wollen, zumal dies nicht einmal gegen polizeirechtliche Vorschriften verstoßen würde, da die Polizeigesetze der Länder allesamt Notrechtsvorbehalte enthalten, die immer dann greifen, wenn die Möglichkeiten des Staates an ihre rechtlichen Grenzen stoßen.<sup>21</sup> Zudem kann es wohl nicht der Idee eines Rechtsstaates entsprechen, dass dieser von seinen Staatsdienern verlangen kann, dass sie tatenlos einem offensichtlich unrechten Geschehen seinen Lauf lassen und es im Namen der Würde des Staates unterlassen, Menschenleben zu retten.<sup>22</sup> Die Zulässigkeit der Notwehr gehört zum Fundament allen Rechts und kann nicht von rechtlichen Interna, wie etwa der Normzuweisung an Bürger oder Staatsorgane, berührt oder gar aufgehoben werden,<sup>23</sup> sodass man insgesamt zu dem Ergebnis kommen muss, dass es allein die Zurechnungsprinzipien der Notwehr sein können, die eine Rechtfertigung einer Folter(androhung) allenfalls diskutabel machen.

Bei der Frage nach dem Vorliegen der Notwehrlage dürfte unproblematisch anzunehmen sein, dass die Entführung des Kindes einen rechtswidrigen Angriff auf ein schutzwürdiges Rechtsgut darstellte und dieser Angriff zum Zeitpunkt der Folterandrohung auch noch gegenwärtig war, da es sich bei Entführungstaten um Dauerdelikte handelt und der Angriff demnach so lange gegenwärtig bleibt, bis der Freiheitsentzug endet.<sup>24</sup> Umstritten ist nun vielmehr die Frage nach der Interpretation der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Vorrangig ist hier zu kritisieren, dass das Gericht bei der Suche nach dem mildesten Mittel über die objektive Seite in Form des Stufenkonzepts offensichtlich die subjektive Seite vergessen hat in ihre Erwägungen mit einzubeziehen. So sollte durchaus schon hier (nicht erst bei der Strafzumessung) Erwähnung finden, dass Daschner sich in immensem Zeitdruck befand, da zum Zeitpunkt der Tat bereits vier Tage seit Entführung des Kindes vergangen waren, in denen Gängen die gesetzlich erlaubten Ermittlungsmaßnahmen immer wieder bewusst manipulierte, indem er falsche Angaben über den Aufenthaltsort des Kindes machte. Daschner sah das Kind gerade wegen der bereits verstrichenen Zeit und dem damit verbundenen Nahrungs- und Flüssigkeitsentzug und der Umgebungstemperatur in erhöhter Lebensgefahr. Er musste damit rechnen, dass jede weitere Verzögerung der Ermittlungen zwangsläufig den Tod des Kindes wahrscheinlicher machen würde. Insgesamt sah er die ihm als Amtsträger zur Verfügung stehenden Mittel als erschöpft an,<sup>25</sup> sodass die

---

19 Gegen ein hierarchisches Verhältnis der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG zueinander spricht eindeutig BVerfG NJW 1975, 573, 575.

20 *Erb*, Jura 2005, 24, 26.

21 *Erb*, NSTZ 2005, 593, 594; kritisch: *Prittowitz*, FS Herzberg, S. 515, 523.

22 Anderer Ansicht ist *Jäger*, FS Herzberg, S. 539 ff.

23 *Merkel*, in: Zeit Online Kultur, „Folter als Notwehr“ vom 6. März 2008 – 13:00 Uhr, S. 3; ähnlich auch die „Idee vom naturrechtlichen Kern des Notwehrrechts“ oder dem „Notwehrrecht als Menschenrecht“, *Erb*, Jura 2005, 24, 27 und *ders.*, NSTZ 2005, 593, 602.

24 *Erb*, Jura 2005, 24.

25 Ähnlich *Götz*, NJW 2005, 953, 954.

Erforderlichkeit der Maßnahme unter Einbeziehung und Würdigung aller Tatumstände des Einzelfalls zu seinen Gunsten zu unterstellen wäre. Kritisch betrachtet könnte man an dieser Stelle befürchten, bei Annahme des Vorliegens eines Notwehrrechts eine mögliche Generalermächtigung für alle Amtsträger zu schaffen, die es ihnen künftig einfacher macht könnte, in schwierigen Situationen aus ihrer Sonderstellung auszubrechen und sich auf normale Bürgerrechte zu berufen. Angemerkt sei an dieser Stelle jedoch, dass auch die Tötung eines Menschen aus Notwehr immer etwas Furchtbares bleibt, jedoch nicht das Ende des Rechtsstaates bedeutet, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Handlung bei Gelegenheit in einer ähnlichen Situation wiederholt.<sup>26</sup> Zudem gibt es keinen wirklichen Grund zu der Annahme, ein Amtsträger könne nun motiviert sein auch über derartig spezielle Situationen hinaus von diesem Recht Gebrauch machen zu wollen.<sup>27</sup> Das Notwehrrecht ist ebenfalls an strenge Voraussetzungen geknüpft, die kaum Exzesse ermöglichen, sodass kaum Bedenken bezüglich einer Bejahung in diesem konkreten Einzelfall bestehen. Denn auch die Absolutheit des Folterverbots wird dadurch in keinerlei Weise relativiert oder gar in Frage gestellt.

Im Ergebnis kann also festgestellt werden, dass Folter(-androhung) zur Rettung von Menschenleben in keinem Fall öffentlich-rechtlich legitimiert werden sollte, dass aber auch keine Sanktionierung demjenigen gegenüber erfolgen darf, der innerhalb der Grenzen des § 32 StGB zum Mittel der Folter greift, um Leben und Würde des Opfers gegen einen rechtswidrigen Angriff zu verteidigen. Im Fall Daschner lag eine klare Notwehrlage mit klarem Angreifer vor, sodass auch jemandem, der im Dienst Notwehr leistet, der Strafrechts-Ausschluss nicht entzogen werden darf.<sup>28</sup>

## 2. Ausblick

Obwohl das Folterverbot, wie oben bereits gesehen, vielen deutschen Gesetzen zu Grunde liegt und bis zum hiesigen Fall die Einhaltung als Selbstverständlichkeit angesehen wurde und keinerlei Erörterung bedurfte, bleibt in Anbetracht der ständig wieder aufkeimenden Diskussionen die Frage, ob der Gesetzgeber dazu angehalten werden sollte, das Verbot der Folter und auch ihre Androhung ausdrücklich in einem Tatbestand des Strafgesetzbuches zu normieren.<sup>29</sup> Denn offensichtlich bedarf es der ausdrücklichen Klarstellung, dass unter keinen Umständen die bestehenden Vorschriften, seien sie nationaler oder internationaler Natur, dahingehend umgedeutet werden können, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Folter oder auch nur ihre Androhung zulassen. Der Fall Daschner stellt eine Ausnahme dar und dies sollte auch so bleiben. Es besteht keine Notwendigkeit, wegen eines Einzelfalls über die Einführung von Foltermaßnahmen, seien sie auch an strenge Voraussetzungen geknüpft,<sup>30</sup> nachzudenken. Das deutsche Strafrecht bietet ausreichend Möglichkeiten, einer Abwägung im Einzelfall gerecht zu werden, sei es auf Ebene der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit, Schuld oder gar Strafzumessung. Allerdings spricht für die Einführung eines Folterstrafatbestandes, dass sich jedwede Diskussion um etwaige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe erübrigen würde. Denn mit Übernahme der Regelung in den Besonderen Teil des StGB fänden automatisch auch die Vorschriften des Allgemeinen Teils Anwendung (vorausgesetzt, der Gesetzgeber würde die Anwendung nicht von vornherein gesetzlich ausschließen wollen). Hätte man als Reaktion auf das Urteil des LG nicht beidseitig auf Rechtsmittel verzichtet, so wäre man vielleicht schon zu einer Regelung gekommen. Nun bleibt es eine Frage der Zeit bzw. eine Frage des nächsten Einzelfalls, wann und in welcher Form die Klarstellung erfolgen wird.

---

26 *Erb*, NStZ 2005, 593, 601.

27 Hierzu vor allem *Erb*, NStZ 2005, 593, 601, der die Darstellung in der öffentlichen Diskussion von möglichen Horrorszenarien („Deutschland als Folterstaat“) für völlig unangebracht hält.

28 So auch (ohne Einbeziehung der Folterandrohung) *Erb*, Jura 2005, 24, 30.

29 So auch *Prittowitz*, FS Herzberg, S. 515, 524.

30 Zu den Voraussetzungen einer gesetzlich normierten „Rettungsfolter“: *Götz*, NJW 2005, 953, 956, sowie *Brugger*, JZ 2000, 165, 170 f.

## VI. HINWEISE ZUM NACH- UND WEITERLESEN

### 1. Zur Wiederholung

- <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de>, unter der Rubrik „Kriminalpolitisches Forum“, Fall 9 (*letzter Zugriff am 08.11.2010*)
- *Erb*, Hilfe durch Folter, Jura 2005, 24-30
- *Herzberg*, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, 321-328

### 2. Zum Weiterlesen

- *Merkel*, Folter und Notwehr, in: Festschrift für Günther Jakobs (2007), S. 375-404
- *Fahl*, Neue „sozialethische Einschränkungen“ der Notwehr: „Folter“, Jura 2007, 743-750