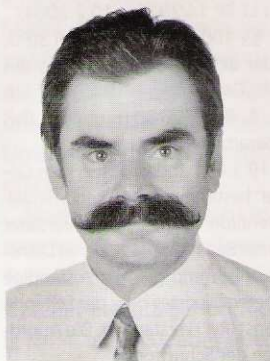


Der „Fall“ Daschner

Oder: Vom Ethos der Nichtverantwortlichen und den Folgen für die Verantwortlichen

Von Willy Burgmer

Den „Fall Daschner“ zu kommentieren ist ein heikles Unterfangen. Alles, was man dazu schreibt oder sagt, ist angreifbar, unkorrekt oder abwegig und nicht nur „umstritten“, wie sonst in der Jurisprudenz, womit man leben könnte. Nein, abweichende Positionen gelten als abwegig von den eingefahrenen Bahnen der Schuljuristerei. Dazu gibt es Musterklausuren, Aufsätze, Literatur, in Teilbereichen auch Rechtsprechung. Und ein Heer von Juristen, Politologen, Menschenrechtlern, Polizeipraktikern kommt mit einer festen Meinung zu den einschlägigen Diskussionsforen¹ und geht mit denselben auch wieder.



Assessor jur.
Willy Burgmer,
Kriminaldirektor,
LKA NRW

Von mehreren Referenten wurde die Meinung vertreten, dass der Staat selbst seinen Untergang und den Tod einer Vielzahl seiner Bürger in Kauf nehmen müsse, gegen das Folterverbot dürfe in keinem Fall verstoßen werden.^{2,3}

Die wenigen Gegenstimmen⁴ werden angehört und gehen in Entrüstung, bestenfalls Unverständnis unter. Alle nationalen und internationalen Rechte und Grundrechte einschließlich der „Notstandsfestigkeit“⁵ des „Folterverbots“ aus Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention belegen doch sonnenklar, Folter – auch „ein bisschen“: Undenkbar! Und auch die Schreckensbilder kriminalistisch denkbarer Szenarien ändern diese Rechtslage nicht. Wie auch? Solche Mechanismen sieht das Recht nicht vor.

Man kann eben alles nur falsch machen. So wie der stellvertretende Polizeipräsident von Frankfurt alles falsch gemacht hat, unkorrekt gehandelt hat, mit Ausnahme der Tatsache, dass er alles dokumentiert hat. Da hat er – obwohl sich niemand selbst bezichtigen muss – sehr korrekt gehandelt.

Aber hat er, weil er alles falsch gemacht hat, sich auch strafbar gemacht, den Strafanspruch des Staates verwirklicht, eine Bestrafung „im Namen des Volkes“ verdient? Zumindest an dieser Stelle sollte jede vorschnelle, politisch korrekte Festlegung der Fachleute aus Justiz, Polizei und einzelner Berufsvertretungen sowie der Politik etwas demütiger auf die Meinung des Volkes schauen, in dessen Namen Recht gesprochen wird. Der eigentliche Souverän – das Volk also nimmt es bestenfalls verständnislos hin, wenn der damals noch „mutmaßliche Mörder“ des Kindes Jakob in der Untersuchungshaft sein 1. juristisches Staatsexamen ablegen darf, während der Polizeibeamte Daschner und seine Familie um berufliche Reputation und Unbescholtenheit fürchten müssen.

Es ist wie in einer griechischen Tragödie: Egal was der Protagonist tut, er handelt

Tragik ist die Unvermeidbarkeit der Wertvernichtung

falsch. So Daschner. Und auch die Gegenargumente zuder hier vertretenen These, die für die Straflosigkeit plädiert, sind dem Verfasser bewusst. auch rechtsstaatliche Folgen, wenn „ein bisschen Folter“ Einzug in unser Rechtssystem hielte.

Aber genau um diese Frage geht es eben nicht. Auch wenn dies immer wieder behauptet wird und fast schon zu einer – „politisch-korrekten“ – Vorverurteilung führt, dass etwa in dem Sinne bei allem Verständnis für die konkrete Situation und auch Bedauern für die Person Daschner, eine Sanktion nicht zu vermeiden ist.

Denn mit einem Freispruch Daschners hält definitiv nicht die Folter Einzug in diesen so hoch entwickelten Rechtsstaat, der es mutmaßlichen Mördern nicht verwehrt, das 1. juristische Staatsexamen abzulegen. Zur Rechtskultur gehört auch die Reflektion der Berufsjuristen und Kriminologen, wie der Souverän eines Staateswesens die Entwicklung der Rechtskultur wahrnimmt. Nein, es geht um den subjektiven Einzelfall Daschner, dessen subjektives einmaliges Handeln in einer singulären polizeilichen Lage gerecht zu beurteilen ist, ohne dass der Richterspruch eine Auswirkung auf zukünftige Fälle hat.

Diejenigen, die damit den Einzug der Folter in den Rechtsstaat befürchten, seien erinnert, dass im Vordergrund jeglicher

Es geht um persönliche Einzelfallgerechtigkeit

forensischen Rechtsfindung immer der Einzelfall und auch die ganz persönliche Einzelfallgerechtigkeit zu stehen hat. Die Zulässigkeit der Kasuistik zur Begründung

anderer Rechtsfälle soll nicht bestritten werden, ist aber doch immer nur Hilfsmittel der Rechtsfindung und eben nicht originäre Rechtsquelle, von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einmal abgesehen. Und vor allem darf die Zulässigkeit dieser Kasuistik nicht der Einzelfallgerechtigkeit im Wege stehen, sie quasi dominieren. Genau das passiert aber zur Zeit mit der Flut der Argumente im Vorfeld des Daschnerprozesses.

Betrachtet man die Sache so, dann steht nicht die alte⁶ Frage zur Beurteilung, ob der Staat Notwehr und Nothilferechte in Anspruch nehmen kann⁷ und seine (Sicherheits-)organe diese anweisen oder befehlen können. Natürlich würden diese Rechte, werden sie als Ermächtigungsnorm angewandt, viel weiter gehen als die herkömmlichen Normen aus dem Polizei- und Gefahrenabwehrrecht. Weil im Notwehrrecht dem Bürger weitaus intensivere Abwehrrechte zustehen.

Weil dem individuell handelnden Beamten Daschner ein individueller Prozess gemacht wird, müssen ihm selbst als Polizeiführer handelndem Beamten alle höchstpersönlichen Abwehrrechte zustehen, wie jedem anderen Bürger, zum Beispiel den Eltern des Kindes, die in Notwehr bzw. Nothilfe und ohne Begrenzung durch das Folterverbot des Art. 3 der MRK straflos dasselbe Mittel der Folter hätten anwenden dürfen, welches Daschner (im Übrigen) nur angedroht hat. An dieser

Juristisches Paradoxon

Stelle offenbart sich ein juristisches Paradoxon: Hätte Daschner die Eltern des Kindes hinzugezogen, hätte er sich zu deren Anstiftung zu einer Körperverletzung nicht strafbar gemacht, weil die Eltern als „Haupttäter“ mangels Rechtswidrigkeit straflos wären. Denn die Folge der Anstiftung muss eine rechtswidrige Tat sein.⁸

Vermutlich wird sich Daschner auf Nothilferechte oder auch den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB berufen. Das hängt letztlich davon ab, wie gegenwärtig der Angriff des Täters auf das Leben des Kindes andauerte. Aber beiden Instituten haftet für die Verteidigung des Polizeiführers Daschner der Hemmschuh des höchstpersönlichen Abwehrrechts an, welches zwar einerseits intensivere Abwehrmittel erlaubt und auch den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention nur bedingt unterworfen ist, andererseits aber in den meisten Polizeigesetzen der Länder einem „Notwehrvor-

behalt“ unterliegt⁹, das heißt konkret: Eine staatliche Organisation kann sich z. B. in den Strukturen einer „besonderen Aufbauorganisation“ (BAO) dieser Rechte nicht im vollen Umfang bedienen. Das kann ablauftechnisch bedeuten, dass der Polizeiführer eine Nothilfe nach § 32 StGB oder eine Notstandshilfe nach § 34 StGB nicht anweisen bzw. befehlen kann.¹⁰

Kompliziert wird die Sache dann, wenn darüber hinaus noch die Irrtumsproblematik zu beleuchten wäre. Denn dann begibt man sich in die recht komplexe Rechtsmaterie des Irrtums über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes oder das irrtümliche Überschreiten derselben.

Dass diese Sicht der Dinge zu unerwarteten Ergebnissen führen kann, zeigt an einer ganz anderen Stelle der aktuelle Prozessverlauf des sog. Mannesmannprozesses nach der „feindlichen“ Vodafoneübernahme, in dem sich Wirtschaftsgrößen wie Ackermann, Funk, Esser und Zwickel der Anklage der Untreue bzw. der Beihilfe dazu ausgesetzt sehen. Die jüngste Entwicklung hier zeitigt das sog. Rechtsgespräch, welches die Vorsitzende Richterin der Düsseldorfer Wirtschaftsstrafkammer Koppenhöfer mit den Verteidigern und der Staatsanwaltschaft am 31.3.2004 führte.¹¹ Darin zeichnet sich mitten in der Hauptverhandlung ein möglicher Freispruch wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums der Angeklagten ab.

Kann auf diese durch die interessierte Öffentlichkeit als völlig überraschend eingestufte Wendung auch der Angeschuldigte Daschner hoffen?

Die juristisch zum Tatzeitpunkt hochkarätig beratenen Mannesmannmanager könnte gerade dieser Umstand retten. Denn das Einholen von Rechtsauskünften bei teuren Wirtschaftskanzleien scheint nach Ansicht der Kammer die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums der Millionen Abfindungen kassierenden Angeklagten¹² indiziert zu haben, eine Voraussetzung für Straffreiheit nach § 17 Satz 1 StGB.

Eine unerhörte Aufwertung teurer Wirtschaftsberater also. Mit anderen Worten: Im Zweifel also nicht nur für den Angeklagten, sondern auch für das Einholen einer Rechtsauskunft vor der Tat!

Ob auch Daschner sich dieses Privilegs bedienen kann? Zweifel sind angebracht, denn dass die Polizei nicht foltern darf, ist in der juristischen Welt so sonnenklar, dass ein anderslautendes¹³ Rechtsgutachten in der aktuellen polizeilichen Lagebewältigung zeitnah kaum hätte erstellt

werden können. Das zeigt im Übrigen auch, dass sich die anklagende Frankfurter Staatsanwaltschaft mit der Anklageerhebung viel Zeit gelassen hat, u.a. auch mit dem Hinweis auf die schwierige und komplexe Rechtsmaterie bzw. noch ausstehender Rechtsgutachten.

Sollte hier der Rechtsstaat eine Kapriole schlagen? Etwa dahingehend: Wenn es um 30 Millionen DM Abfindung oder Anerkennung für ausscheidende oder im Ruhestand lebende Wirtschaftsmagnaten geht, stellen sich die Beteiligten zuvor mit einem Rechtsgutachten frei. Hat ein Polizeiführer in einer akuten Lage unter taktischem Zeitdruck das Leben eines Kindes zu retten, wird sein etwaiger Verbotsirrtum allenfalls vermeidbar und damit gem. § 17 Satz 2 StGB lediglich „gemildert“ strafbar bleiben. Es ist Daschner, aber auch der Rechtskultur, zu wünschen, dass eine solche Entwicklung dieses Prozesses nicht eintritt.

Dem Polizeiführer stehen die spezielleren Eingriffs- und Befugnisnormen des Polizeirechts zur Verfügung. Damit kann der Polizeiführer zwar den u. U. tödlichen Schusswaffengebrauch anweisen, nicht aber – mangels positiver Regelung im Polizeigesetz – die Folter, abgesehen davon, dass als weitere Schranke dann Art. 3 und 15 MRK entgegenstünden. Man bedenke: Daschner hätte anweisen können, den

Tödlicher Schusswaffengebrauch gerechtfertigt, nicht aber Androhung einfacher körperlicher Gewalt

Täter durch Schusswaffengebrauch flucht- oder angriffsunfähig zu machen als ultima ratio auch mittels des „finalen Rettungsschusses“ ihn erschießen zu lassen, wenn damit der Angriff auf das Leben des Kindes hätte beendet werden können. Im Falle einer Geiselnahme wäre dieses Mittel auch geeignet, im Falle des erpresserischen Menschenraubes naturgemäß nicht, obwohl die Folgen für das Leben des Kindes dieselben sind. Vielmehr gibt es als ultima ratio im letzteren Falle nur das gegenüber dem finalen Rettungsschuss vergleichsweise viel weniger intensive Mittel des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit, „Folter“ genannt.

Genau an diesem Punkt kristallisiert sich das Dilemma des Rechtsstaates und das persönliche Schicksal Daschners.

Und auch hier zeichnet sich die Lösungsmöglichkeit am klarsten ab: Nämlich in einer polizeirechtlichen Güter-

abwägung des polizeirechtlichen Eingriffs „Körperverletzung/Folter“ einerseits und Leben des entführten Kindes andererseits. Leben gegen Körperverletzung, das Ergebnis ist eindeutig: Das Leben des Kindes muss überwiegen. Jedes andere Ergebnis der Abwägung ist unerträglich. Das hat nichts mit der „Notstandsfestigkeit“ des Artikels 3 MRK durch Art. 15 MRK zu tun. Denn nicht die Belange des Staates stehen zur Abwägung, sondern die des Kindes. Wer das Ergebnis dieser Güterabwägung bestreitet, der sei daran erinnert, dass der Staat Leben und körperliche Unversehrtheit seiner Bürger gem. Art. 2 Absatz 2 GG, also mit Verfassungsrang zu schützen hat. Und wohlgermt: Damit hat nicht

Plädoyer für übergesetzlichen Notstand

etwa die Folter institutionell Einzug in die Eingriffs- und Befugnisnormen des Polizeirechts gehalten. Mangels bisheriger Regelung handelt es sich vielmehr um einen übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstand des Polizeirechts. Und damit immer um ein Abwehrrecht im Einzelfall, vergleichbar mit dem Individualrecht aus § 34 StGB, welches ebenfalls dem Einzelnen nur im Einzelfall zur Verfügung steht.

Aber warum dann dieses Plädoyer für einen übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstand des Polizeirechts? Weil sonst – wie schon so oft – Polizeibeamten, die in einer BAO oder auch einzeln dienstlich tätig wurden, wieder nur der systemisch fremde Rechtfertigungskatalog des Strafrechts zur Verfügung steht, immer mit dem Makel behaftet, dass sein polizeiliches Handeln stets die Rechtswidrigkeit indiziert. Im Ergebnis mag dies dieselben Rechtsfolgen haben. In der Praxis der Staatsanwaltschaften zeigt sich aber, dass im Rahmen des polizeirechtlichen Handelns seltener ein Anfangsverdacht erkannt wird, wenn zunächst die Prüfung der polizeirechtlichen Lage im Vordergrund steht. So sollte z. B. bei einem polizeilichen Schusswaffengebrauch zunächst die polizeiliche Eingriffsnorm des jeweiligen Polizeigesetzes^{14,15} geprüft werden und nicht, wie zu beobachten ist, grundsätzlich nach allgemeinem Strafrecht zunächst ein Anfangsverdacht hergeleitet werden, den der Polizeibeamte nur durch die Abwehrrechte der §§ 32 ff StGB entkräften muss.¹⁶

Dass einzelne Länder den sogenannten finalen Rettungsschuss förmlich-rechtlich nach wie vor nicht geregelt haben, stößt

bei betroffenen Beamten vielfach nicht auf Verständnis. So hat NRW diese für die Befindlichkeit der Beamten wichtige Regelung in einer Verwaltungsvorschrift zum PolG NRW abgelegt,

Mit diesem methodisch anderen Ansatz bestehen für Daschner, aber auch für alle Polizeibeamte in einer allgemeinen oder besonderen Aufbauorganisation klare Verhältnisse in dem Sinne, dass ihre Entscheidungen und ihr Handeln zunächst im Lichte und nach den Regeln des Polizeirechts zu beurteilen sind. Ihr – ggf. auch abgeleitetes – Handeln indiziert nicht ohne weiteres die Rechtswidrigkeit und wird nicht mehr als Fremdkörper in dem unmittelbaren Kontext des Strafrechts beurteilt, der auf individuelles Fehlverhalten ausgerichtet ist.

Anmerkungen:

- 1 Jüngst eine Fachtagung der Katholischen Akademie in Trier vom 10.-12.03.2004 zum Thema Folter unter Beteiligung von Polizeibeamten, Staatsanwälten, Richtern, Vertretern von Menschenrechtsorganisationen u.a.
- 2 Zitiert aus einem Bericht des stv. BDK-Bundesvorsitzenden Rolf Rainer Jaeger, nicht veröffentlicht.
- 3 Die Bandbreite der Diskussion wird deutlich in einer vom SWR 2 aufgezeichneten Diskussion

am 18.03.2004, 17:05 bis 17:50 Uhr zwischen Prof. Dr. Scheid, Universität Bielefeld, Dr. Marx, Rechtsanwalt in Frankfurt und tätig für Amnesty International und LKD Rolf Rainer Jaeger, LKA NRW in seiner BDK-Funktion.

- 4 Jaeger, a.a.O.
- 5 Wie Fußnote 2
- 6 Noch aus der Zeit des RAF-Terrorismus in Erinnerung.
- 7 Dazu Schwabe „Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts“ in NJW 79, S. 59
- 8 Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme, vgl. z.B. Dreher-Fischer, § 26 Rz. 11
- 9 z. B. in NRW § 57 Abs. 2 PolG NRW: „Die Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.“
- 10 Auf diese Regelungslücke, die durchaus nachteilige Auswirkungen auf die Rechte von Polizeibeamten vor Gericht hat, habe ich schon in meinem Aufsatz „Polizei im Umbruch“, Kriminalistik 1994, Bände 4, 5 und 6 hingewiesen.
- 11 Zur Presseberichterstattung vgl. (für viele): Neue-Rhein-Zeitung, Düsseldorf v. 1.04.2004
- 12 Bzw. dazu beigetragen bzw. nicht verhindert zu haben.
- 13 Und nur ein solches hätte ggf. die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums herbeigeführt.
- 14 In NRW § 64 f. PolG NRW
- 15 Vgl. Ziff. 63.22 MBl. NRW 57. Nr. 4 v. 23.1.2004, vgl. dazu auch Burgmer a.a.O.
- 16 Zumind. die betroffenen Polizeibeamten belastet dieser methodisch falsche Ansatz erkennbar. Aber auch die Polizei als Organisation sollte mehr auf die Einhaltung dieser Systematik bedacht sein.

RECHT AKTUELL

Verwertungsverbot bei fehlerhafter Durchsuchung

Die Durchsuchung und die Beschlagnahme sind getrennte Entscheidungsgegenstände; das Gesetz stellt kein grundsätzliches Beschlagnahmeverbot auf für fehlerhafte Durchsuchungen, die zur Sicherstellung von Beweisgegenständen führen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die vorliegende Verfassungsbeschwerde wurde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen. Das Gericht trennt zwischen einer – zwecks Strafverfolgung vorgenommenen – Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO) und der im Rahmen dieser Maßnahme erfolgten Beschlagnahme/Sicherstellung von Beweismitteln (§ 94 StPO). Ist die

Durchsuchung aus formellen und/oder materiellen Gründen fehlerhaft, so folgt hieraus gleichwohl kein Verbot, die aufgefundenen Beweisgegenstände zur Überführung des Verdächtigen zu verwenden. Die Strafprozessordnung kennt *kein allgemeines gesetzliches Verwertungsverbot*; ein solches kann sich nur aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben. Beruft sich ein Betroffener auf einen *formalen* Fehler bei der Durchsuchung (etwa: Missachtung des Richtervorbehalts) geltend, so muss er konkret darlegen, ob dieser Fehler bei hypothetisch rechtmäßiger Vorgehensweise die Maßnahme gehindert hätte und ob dies verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre.

BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 9. 10. 2003 – 2 BvR 170/02 – in NStZ 2004, S. 216 *jv*