

# DIE ZEIT

01.12.2005 Nr.49

## Das Fiasko des Strafrechts

**Vor genau 300 Jahren erschien in Halle an der Saale eine kleine Schrift, die zu den wichtigsten Büchern der deutschen Geschichte zählt. Auf 38 Seiten steht darin alles, was man über die Folter wissen muss**

Von Uwe Wesel



Christian Thomasius, 1754 postum portraitiert von J.H.Christian Sporleder - © Zentrale Kustodie der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

Er ist einer der Großen der Rechtswissenschaft, der Professor Thomasius aus Halle, dieser »deutsche Gelehrte ohne Misere«, wie Ernst Bloch ihn einmal genannt hat, »seiner schläfrigen und untätigen Umgebung recht unbequem«. Gelebt und gelehrt hat er in einer Zeit des Umbruchs, als das klassische Naturrecht sich durchzusetzen begann. In den Niederlanden hatte diese Entwicklung ihren Anfang genommen, mit Hugo Grotius' Buch über Das Recht des Friedens und des Krieges. Dann folgte in England Thomas Hobbes' Leviathan, danach in Deutschland Samuel Pufendorf – und eben er, Christian Thomasius.

In Leipzig ist er zur Welt gekommen, 1655, sieben Jahre nach dem Ende des Dreißigjährigen Krieges. Der Vater war Professor der Philosophie. Der junge Mann studierte das Fach seines Vaters, ebenfalls in Leipzig, wechselte dann zur Rechtswissenschaft, ging nach Frankfurt an der Oder.

Dort entdeckte er das Naturrecht Samuel Pufendorfs, der sein Vorbild wurde, ein Naturrecht, das sich, wie die griechischen Denker es in Grundzügen entwickelt haben, aus der Natur des Menschen ergibt, oft mehr Philosophie als Recht ist, gegen ständische Obrigkeit und feudale Hörigkeit gerichtet. Als braver Professorensohn hatte er die Universität bezogen, als Christian Thomasius, wie wir ihn heute kennen, kehrte er nach Leipzig zurück. Einer, der alle Vorurteile schläfriger Wissenschaft verfolgte, ein Aufklärer, kampfbereit und siegessicher im Zeichen des Naturrechts, das nun – nicht zuletzt durch ihn selber – zum Teil richtiges Recht wurde. Die Zeit war günstig dafür, entsprach es doch auch den Interessen mancher Fürsten, die ihre Herrschaft modernisieren und stärken wollten gegen Kirche, Adel und Zünfte.

### Wippgalgen und glühendes Eisen, viele kamen dabei um

Im Alter von 25 Jahren wurde er Privatdozent für Recht und Philosophie in Leipzig. Barocke Zeiten, der junge Gelehrte trug die übliche große Perücke. Aber unter ihr lebte viel Aufmüpfiges. Thomasius war der Erste, der eine Vorlesung auf Deutsch hielt und nicht Lateinisch, wie es seit Jahrhunderten üblich war. Brachte eine deutsche Zeitschrift auf den Markt, wurde ein weit über die Universität hinaus bekannter Mann, schrieb kritisch und ironisch auch über Leipziger Größen, was ihm neue Feinde schuf. Leistete sich noch anderen Widerspruch und erhielt 1690 von Sachsens Kurfürsten Lehrverbot.

Kurz darauf gab ihm der brandenburgische Kurfürst und spätere König in Preußen den Auftrag, Vorlesungen in Halle zu halten über Recht und Philosophie – Pufendorf, Thomasius' großes Vorbild, lebte in Berlin als Hofgeschichtsschreiber und hatte wohl vermittelt. Das war der Anfang der Universität Halle, die vier Jahre später, 1694, offiziell gegründet wurde. Hier schrieb Thomasius ein großes Buch über Naturrecht und vieles andere. Aber berühmt bis heute ist er durch zwei Heftchen, sie haben Geschichte gemacht. Es sind Doktorarbeiten der Universität, die den Namen der Doktoranden tragen. Man wusste jedoch, wer dahintersteckte.

Es war nämlich durchaus üblich, dass diese Dissertationen von den Professoren selber geschrieben wurden und der Doktorand nur die ehrenvolle Aufgabe hatte, ihren Inhalt in einer Disputation vor der versammelten Fakultät zu verteidigen. Das erste der beiden Büchlein erschien 1701, *De crimine magiae, Über das Verbrechen der Hexerei*. Es ist eine Streitschrift gegen die Hexenprozesse, die noch immer in ganz Europa stattfanden. Hunderttausende waren zum qualvollen Tod auf dem Scheiterhaufen verurteilt worden, meistens Frauen und die meisten in Deutschland. Immer wieder hatte es Proteste gegeben, vergeblich.

Thomasius' Schrift indes zeigte Wirkung, endlich. Preußens Friedrich Wilhelm I., der »Soldatenkönig«, machte Schluss mit dem Irrsinn. 1714, ein Jahr nach seinem Regierungsantritt, verbot er die Prozesse. Die anderen deutschen Länder folgten, und des Monarchen unglücklicher Sohn, der große Friedrich, meinte später, dem Thomasius habe das weibliche Geschlecht zu verdanken, dass es wieder in Frieden alt werden und sterben könne.

Der zweite Kampf war schwerer – und ist bis heute nicht ausgekämpft. 1705 erschien die Schrift, die Thomasius' Vermächtnis werden sollte, über seinen Tod 1728 in Halle hinaus: *De tortura ex foris Christianorum proscribenda*, Über die Folter, die aus den Gerichten der Christen verbannt werden muss. Damit hatte er sich wahrlich etwas vorgenommen. Anders als der Hexenwahn, der den Ängsten der frühen Neuzeit, der Verunsicherung durch die beginnende Aufklärung entsprungen war, entstammte die Folter ältester Tradition. Sie reichte zurück bis in die Antike, entsprach dem ehrwürdigen römischen Recht, dem Corpus Juris Civilis, das allgemein anerkannt war. Auch ging es hier um etwas so Grundsätzliches wie den Strafanspruch des Staates, den man nach damaliger Vorstellung im Wesentlichen nur mit einem Geständnis des Angeklagten durchsetzen konnte. Die »freie, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfte Überzeugung« des Gerichts reichte damals noch nicht aus für eine Verurteilung. Also brauchte man das Geständnis. Also hat man gefoltert.

Bei Griechen und Römern wurde die Tortur, wie die Rechtsgeschichte beruhigt, »nur« gegen Sklaven angewandt, deren Aussage erst dann Beweiswert hatte, wenn sie gefoltert worden waren. Folter ist triebhaft und hat den Drang zur Ausdehnung. So wurden später auch freie griechische und römische Bürger gefoltert beim Verdacht eines Verbrechens gegen die Polis oder den römischen Staat. Heute sprechen wir von Hoch- oder Landesverrat. In der Spätantike schließlich stellte man freie römische Bürger der unteren Klasse – *plebeii* – den Sklaven gleich.

Und seit dem Mittelalter gab es gar keine Grenzen mehr. Jetzt konnte es jeden treffen, und zu Thomasius' Zeiten hatte sich nichts daran geändert. Am Wippgalgen, auf Querbalken oder Leitern wurden noch immer Gelenke ausgerenkt, Gliedmaßen zerquetscht, Körper mit glühendem Eisen oder offenem Feuer versengt, Fleishteile ausgerissen oder was der sadistischen Fantasie sonst noch einfiel. Viele kamen dabei um.

Doch so alt wie die Folter ist auch die Kritik an ihr. Cicero, später der bedeutende römische Jurist Ulpian, der um 200 lebte, haben schon gesehen, dass Gefolterte schließlich alles zugeben, was die Folterer hören wollen, und dass man deswegen ihren Aussagen nicht glauben darf. In den frühen Tagen der Kirche erhob Augustinus Einspruch und in der anbrechenden Neuzeit Michel de Montaigne. Es hat alles nichts genützt. In Deutschland waren es, vor Thomasius, zwei oder drei Juristen von mittlerer Art und Güte, ihre Kritik klang eher zurückhaltend. Dann kam der Professor aus Halle, der große Fanfarenstoß.

### **Der Mensch wird zum Verräter an sich selbst**

Es ist ein kleines Heft von 38 Seiten, etwas größer als Postkartenformat. Auf dem barocken Titelblatt in der Mitte Thomasius' Name als Vorsitzender der Disputation und unten der des Doktoranden. Martin Bernhard aus Pommern. Offiziell hat er die Arbeit selber geschrieben, denn im Anhang des Heftchens findet man einen Brief, in dem Thomasius ihm im Prinzip Recht gibt, sich gleichzeitig aber auch ein bisschen distanziert: »Im Innersten meines Herzens erkläre ich, dass die Folter ungerecht ist und eine Schande für christliche Staaten. Ob man ihren Fürsten aber so einfach raten soll, sie wie in England oder bei anderen Völkern zu beseitigen, das weiß ich nicht so genau...« Er wolle darüber noch mal nachdenken. »Du, hochgeehrter Kandidat, lebe inzwischen wohl und ich wünsche Dir viel Glück.«

Es ist ein Spiel. Ein Spiel, das die Vorsicht Thomasius gebietet. Denn ob jener Martin Bernhard, von dem man nie wieder etwas gehört hat, nun der Autor ist oder nicht – auf diesen Seiten spricht der Feuerkopf Thomasius selber. »Durch die Folter«, heißt es gleich in der Vorrede, »werden die Ärmsten der Armen aller Angeklagten, deren Schuld noch nicht erwiesen ist, Strafen auferlegt, die an Grausamkeit diejenigen weit übertreffen, die sie erhalten würden, wenn ihre Schuld bewiesen ist [...] Oh, welch gottloses Fiasko des Strafrechts! Was ist ungerechter [...] als arme Geschöpfe, deren Schuld noch nicht erwiesen ist, mit so grausamen Strafen zu zerfleischen? Jeder, der sich noch ein wenig Gefühl für Menschlichkeit bewahrt hat, muss von Entsetzen betäubt sein und von Trauer überwältigt, wenn er nur daran denkt.«

Das ist der Geist des Lehrers. Nicht nur die Kraft dieser Sprache zeigt, dass Thomasius der wahre Autor ist, auch die Klarheit und Logik der Argumentation, wie sie sich auf den folgenden Seiten fortsetzt. So hatte noch niemand geschrieben. Folter ist eine Körperstrafe ohne ausreichenden Beweis der Schuld, nur auf Verdacht, grausam und ungerecht. Die meisten können sie nicht ertragen und geben alles zu, was ihnen vorgeworfen wird.

So werden sie zu Verrätern an sich selbst, »*sui ipsius proditor*«. Das ist ein ungeheuerlicher Verstoß gegen die Menschlichkeit des Naturrechts.

## **Friedrich der Große trickst, doch er bleibt bei dem Verbot**

Nun hatte einer gleich die Kralle des Löwen erkannt: Friedrich Wilhelm I. 1714, als er mit den Hexenprozessen kurzen Prozess machte, erfüllte er auch die Forderung der anderen der beiden Dissertationen aus der wichtigsten Universität seiner Lande und erließ eine Kabinettsorder über die Folter.

Mit dieser Order agierte er allerdings genauso vorsichtig wie Thomasius. Es war nur ein erster Schritt: dass nämlich jeder einzelne Fall vorgelegt und die Folter dann von ihm genehmigt werden muss. Dahinter stand die Rücksicht auf Tradition und Staatsräson. Die Folter musste weg, aber es ging nicht so schnell.

Sein Nachfolger Friedrich II. setzte die Reform fort. 1740 untersagte er das Foltern, jedoch wiederum »vorsichtig«, nämlich mit drei Ausnahmen. Die Tortur blieb zunächst noch möglich – mit königlicher Genehmigung – bei Majestätsverbrechen, Landesverrat und »denen großen Mordtaten, wo viele Menschen ums Leben gebracht sind«.

Vierzehn Jahre später, 1754, dann der letzte Schritt: das allgemeine Verbot ohne Ausnahme, nachdem sich ein durch Folter erzwungenes Mordgeständnis in einem aufsehenerregenden Berliner Fall kurz danach als eindeutig falsch erwiesen hatte.

Noch im selben Jahr allerdings nahm Friedrich, wie Bruno Preisendörfer in seinem Buch *Staatsbildung als Königskunst (2000) berichtet, die Verfügung teilweise wieder zurück* beziehungsweise spezifizierte sie. Erstens, sein Folterverbot musste geheim bleiben, durfte nicht veröffentlicht werden. Zweitens, die Gerichte hatten die Freiheit, die Folter anzudrohen, um zu einem Geständnis zu kommen. Sie durften den Angeklagten in die Folterkammer bringen lassen, wo ihm der Scharfrichter die Instrumente zeigte und die Schmerzen beschrieb. Schließlich konnte der Richter den immer noch Leugnenden dem Scharfrichter übergeben. Der legte die Instrumente an. Aber dann musste Schluss sein. Es durfte, dabei blieb es, nicht gefoltert werden.

Diesem vorsichtigen Vorgehen aus Rücksicht auf juristische Tradition und Staatsräson entsprach, dass die anderen deutschen Länder dem Vorbild der Preußen beim Folterverbot auch nicht so schnell gefolgt sind wie bei der Abschaffung der Hexenprozesse. Als erstes Land schloss sich 1767 die Markgrafschaft Baden-Durlach (Hauptstadt Karlsruhe, evangelisch) an, als letztes 1831 die Markgrafschaft Baden (Hauptstadt das heutige Baden-Baden, katholisch). Nun hatte in Deutschland die Vernunft endlich die Unmenschlichkeit überwunden.

Für hundert Jahre. Dann kamen Adolf Hitler und seine willigen Juristen. Deutschland und später das von der Wehrmacht besetzte Europa wurden zum rechtsfreien Raum. Erst 1945 konnte man wieder hoffen. Eine große Erfindung Pufendorfs gelangte 1949 sogar ins Bonner Grundgesetz, die »Würde des Menschen« im ersten Artikel als Grundlage des Ganzen. Im sowjetisch besetzten Osten allerdings wurde weiter gefoltert, im Herrschaftsbereich des großen Genossen Stalin, und auch später gab es in der Deutschen Demokratischen Republik, in den Verliesen der Staatssicherheit, keine Sicherheit vor dem Staat.

Im Westen jedenfalls glaubte man dieses Thema ad acta gelegt. Doch in den siebziger Jahren, als die so genannte Rote Armee Fraktion Bomben baute und um sich schoss, wurden plötzlich wieder wunderliche Vorschläge gemacht. Man dachte an Schutz durch Folter. Es war 1976 Ernst Albrecht, CDU, Ministerpräsident von Niedersachsen, der über dergleichen laut nachsann.

Dann kehrte Stille ein im inzwischen wiedervereinigten Deutschland. 1996 jedoch trat ein Professor aus Heidelberg auf den Plan. Er heißt Winfried Brugger, lehrt Verfassungsrecht an der dortigen Universität, die übrigens noch 300 Jahre älter ist als die in Halle, und veröffentlichte in der Zeitschrift *Der Staat* einen Aufsatz zur Frage *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?* Er beantwortete sie positiv und hat dieses Thema immer wieder variiert, bis er im Jahr 2000 in der *Juristenzeitung* sogar zu dem Ergebnis kam, der Staat dürfe nicht nur, sondern er müsse es. Das nennt man jetzt juristisch »Schutznormlehre«, nämlich Folter zum Schutz der Bevölkerung vor terroristischem Massenmord.

Der zweite reziproke Thomasius hat denselben Beruf an der Universität Bonn, heißt Matthias Herdegen und setzt noch einen drauf, im vornehmsten Rahmen, den wir haben. Dieser Rahmen ist der »Maunz-Dürig«, der Kommentar, der das Grundgesetz umgibt, begründet von Theodor Maunz und Günter Dürig. Über Maunz kann man sich streiten, aber Dürig war der Einzige in der Bundesrepublik, der mit seinem Temperament dem Thomasius sehr nahe kam. Mit einer genialen Konstruktion hat er aus Pufendorfs Würde in Artikel 1, der Freiheit und Gleichheit in Artikel 2 und 3 und den folgenden Grundrechten ein Gebäude geschaffen, in dem wir sicher wohnen konnten. Das Bundesverfassungsgericht folgte ihm. 1996 ist er gestorben.

Der Kommentar musste weitergeführt werden, und seine Herausgeber haben, nichtsahnend, die Neukommentierung des Artikels 1 ihrem Kollegen Herdegen überlassen, der ihnen 2003 ein Kuckucksei ins Nest gelegt hat. Aus der Fundamentalnorm unserer Verfassung, die jede Folter kategorisch ausschließt – »Die Würde des Menschen ist unantastbar« –, hat er mehr oder weniger ein normales Grundrecht gemacht, das man einschränken kann wie die anderen Grundrechte auch. Abrakadabra, dreimal schwarzer Kater. Nun ist Winfried Bruggers »Rettungsfolter« verfassungsrechtlich abgesichert.

### **Ist die Bundesfolterordnung schon Zukunftsvision?**

Die Konsequenz daraus wäre jetzt eine »Bundesfolterordnung«, wie Jan Philipp Reemtsma das sarkastisch genannt hat, also ein Gesetz, das genau regelt, wer wen unter welchen Voraussetzungen und wie foltern darf zur Rettung von Menschenleben. Und man weiß, Folter ist triebhaft und hat den Drang zur Ausdehnung.

So geht es inzwischen auch schon nicht mehr nur um terroristische Anschläge. 2002 hatte der stellvertretende Polizeipräsident von Frankfurt am Main einem der Entführung Verdächtigen Folter angedroht, um das Leben des Entführten zu retten, ein spektakulärer Fall, der bereits heftigen Streit um das Für und Wider der Tortur ausgelöst hat. Und wer weiß, was noch alles kommt? Längst raschelt es im braunen Unterholz. Dort bewegt sich in voller Montur als »Richter am Landgericht Berlin« Andreas Ohlsen. In einem Leserbrief an den Berliner *Tagesspiegel*, veröffentlicht am 19. Dezember 2004, teilte Richter Ohlsen der Welt mit, das Folterverbot des Artikels 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention würde im Frankfurter Fall nicht gelten. Ein Entführer (und Mörder) sei »ein Unmensch, ein Nichtmensch und damit ein ›Niemand‹. Und ›Niemand‹ darf bekanntlich der Folter unterzogen werden.«

In der Tat. Es gibt noch Richter in Berlin, deren Scharfsinn und würzigen Humor man seit 1945 für immer verschwunden wähnte. Christian Thomasius, steh uns bei!