

Verfassungswidrigkeit des Luftsicherheitsgesetzes

Eine kritische Stellungnahme zum Urteil vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05

A. Einleitung

Am 15.2.2006 hat der für Verfassungsbeschwerden zuständige Erste Senat des BVerfG (Az. 1 BvR 357/05) die Ermächtigung im Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG), Flugzeuge, die als Waffe eingesetzt werden sollen, notfalls abzuschießen, einstimmig (!) für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Es fehle schon an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Zudem sei § 14 III LuftSiG¹ mit der Menschenwürdegarantie und dem Grundrecht auf Leben insoweit unvereinbar, als unbeteiligte Menschen an Bord eines Flugzeugs getötet würden. Es sei „schlechterdings unvorstellbar“ auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen in einer derart hilflosen Lage vorsätzlich zu töten. Ob dem Urteil des BVerfG gefolgt werden kann, soll im Folgenden geklärt werden.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes?

a. Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 6 GG?

Aus formellrechtlicher Sicht ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich. Der Bundestag hat das Gesetz auf Art. 73 Nr. 6 GG gestützt. Diese kompetenzbegründende Bestimmung betrifft den Luftverkehr. Das LuftSiG dient aber vor allem der Gefahrenabwehr. Da der Bund für diese Art der Gefahrenabwehr keine sonstige Gesetzgebungskompetenz hat, ist das LuftSiG nur dann unter Beachtung der Kompetenznormen des Grundgesetzes zustande gekommen, wenn sich die dem Bund zugewiesene Materie *Luftverkehr* auch auf die Kompetenz erstreckt, entsprechende Regelungen zur *Gefahrenabwehr* zu treffen. Teilweise wird dies bejaht.² Als Beleg für die Richtigkeit wird auf einige Entscheidungen des BVerfG verwiesen, wonach für den Fall, dass dem Bund die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in einem Sachbereich zugewiesen worden ist, dies die Kompetenz einschließe, entsprechende Regelungen zur Polizeigewalt zu erlassen.³ Diese Sichtweise ist zu eng. Sie verkennt, dass „Polizeigewalt“ nicht mit „Gefahrenabwehr“ gleichgesetzt werden kann. Polizeigewalt umfasst mehr als nur Gefahrenabwehr. Insbesondere sind Störungsbeseitigung, Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und Verfolgung von Straftaten typische Polizeiaufgaben, ohne dass eine

¹ § 14 III LuftSiG sah vor, dass Einheiten der Bundeswehr bspw. ein durch Terroristen entführtes, mit Passagieren besetztes Luftfahrzeug zur Verhinderung eines besonders schweren Unglücksfalls, insbesondere, wenn das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen hatte eingesetzt werden sollen, hätte abschießen dürften, wenn festgestanden hätte, dass die unbeteiligten Passagiere ohnehin den sicheren Tod gefunden hätten.

² *Baldus*, NVwZ **2004**, 1278, 1279 f.

³ BVerfGE **3**, 407, 433; **8**, 143, 149; **78**, 374, 387.

Gefahrenabwehr damit verbunden wäre.⁴ Unter Beachtung der Rechtsdogmatik hätte vielmehr auf die auch sonst allgemein anerkannte ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz „kraft Sachzusammenhangs“ abgestellt werden müssen. Danach besteht eine Gesetzgebungskompetenz, wenn „eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständlicherweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht zugewiesene Materien unerlässliche Voraussetzung für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung ausdrücklich zugewiesenen Materie ist“⁵. Damit wird gesagt, dass der Bund für die zu regelnde Materie zwar keine ihm zugewiesene Gesetzgebungskompetenz besitze, aber in einem notwendigen und untrennbaren Sachzusammenhang mit einer ihm ausdrücklich zugewiesenen Materie stehe. Beim LuftSiG mag dies vordergründig der Fall sein, denn Luftverkehr kann ohne Luftsicherheit und Gefahrenabwehr von der Verfassung nicht gewollt sein. Luftsicherheit und Gefahrenabwehr sind unabdingbare Voraussetzungen für den Luftverkehr.⁶ Fraglich ist aber, ob es beim LuftSiG überhaupt um Luftsicherheit ging. Vielmehr scheint es, als sollten durch das Gesetz eher die Menschen am Boden vor von Terroristen entführten und als Bomben missbräuchlich eingesetzten Verkehrsflugzeugen geschützt werden. Gleichwohl hat das BVerfG offen gelassen, ob der Bund im Rahmen des Art. 73 Nr. 6 GG auch in weitem Umfang Aufgaben der Gefahrenabwehr übernehmen könnte. Stattdessen hat es die Vereinbarkeit mit Art. 35 II S. 2, III GG geprüft (dazu sogleich).

Stellungnahme: Richtigerweise geht die mit dem LuftSiG intendierte Gefahrenabwehr weit über den Aspekt der Luftsicherheit hinaus. Dies wiederum überstrapaziert die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 Nr. 6 GG i.V.m. der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs. Das Gesetz ist daher bereits wegen Verstoßes gegen die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 6 GG formell verfassungswidrig.

b. Gesetzgebungskompetenz aus Art. 35 II S. 2, III GG?

Da das BVerfG die Frage nach der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 73 Nr. 6 GG jedoch offen gelassen und stattdessen die Vereinbarkeit mit Art. 35 II S. 2, III GG geprüft hat, ist im Folgenden diesem Aspekt nachzugehen.

Das Gericht hat entschieden, dass es nach der Konzeption des LuftSiG in §§ 13 bis 15 LuftSiG um die Unterstützung bei der Gefahrenabwehr der Länder gehe. Regelungsziel sei, die Verfahrensabläufe im Bereich des Bundes und im Zusammenwirken mit den Ländern festzulegen sowie die Einsatzmittel der Streitkräfte für den Fall zu bestimmen, dass diese den Polizeikräften der Länder zur Unterstützung bei der Abwehr von Gefahren zur Verfügung gestellt würden, die durch einen erheblichen Luftzwischenfall ausgelöst würden. Es handele sich also um Ausführungsregelungen zum Streitkräfteeinsatz in den Konstellationen des Art. 35 II S. 2 GG (regionaler Katastrophennotstand) und des Art. 35

⁴ Abzulehnen ist daher auch die undifferenzierte und widersprüchliche Sichtweise von *Sittard/Ulbrich*, JuS **2005**, 432, 433, die ohne jedes Problembewusstsein von einer Zuständigkeit nach Art. 73 Nr. 6 GG ausgehen, später (S. 434) aber im Rahmen der Verwaltungskompetenz Gefahrenabwehr annehmen. Unsubstantiiert ist auch die Kritik von *Melzer/Haslach/Socher*, NVwZ **2005**, 1361 f.

⁵ BVerfGE **3**, 407, 423; **98**, 265, 299. Vgl. auch *Jarass*, NVwZ **2001**, 1089, 1090.

⁶ Vgl. auch BVerwGE **95**, 188, 191.

III GG (überregionaler Katastrophennotstand). Dafür ergebe sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nicht aus Art. 73 Nr. 6 GG. Die Kompetenz für Regelungen des Bundes, die das Nähere über den Einsatz seiner Streitkräfte im Zusammenwirken mit den beteiligten Ländern zur Bewältigung eines regionalen oder überregionalen Katastrophennotstands bestimmten, folge vielmehr unmittelbar aus Art. 35 II S. 2 und III GG selbst.

Stellungnahme: Art. 35 II S. 2 und III GG unmittelbar eine Gesetzgebungskompetenz zu entnehmen, überrascht und entspricht nicht der Systematik des Grundgesetzes, das die Bestimmungen über die Gesetzgebungskompetenzen in einem eigenen Abschnitt VII zusammengefasst hat. Zwar existieren darüber hinaus einige Bestimmungen über die Gesetzgebungskompetenzen (z.B. Art. 93 II GG), jedoch enthalten diese Bestimmungen eine explizite Anordnung. Auch in der juristischen Ausbildung wird stets gelehrt, eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes bedürfe (wegen Art. 30, 70 I GG) stets eines Kompetenztitels. Das BVerfG setzt sich jedoch über die klare Aussage in Art. 30, 70 I GG hinweg und entnimmt Art. 30 II S. 2, III GG eine (grundsätzliche) Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Diese Annahme ist mit keiner der anerkannten Auslegungsmethoden vereinbar.

Nach Feststellung des Prüfungsmaßstabs prüft das BVerfG die Vereinbarkeit des § 14 III LuftSiG mit Art. 35 II S. 2 GG. Dabei gelangt das Gericht zu der Feststellung, dass sich die Unvereinbarkeit von § 14 III LuftSiG mit Art. 35 II S. 2 GG nicht schon daraus ergebe, dass die Einsatzmaßnahme zu einem Zeitpunkt angeordnet und durchgeführt werden solle, zu dem sich zwar bereits ein erheblicher Luftzwischenfall ereignet habe (Entführung eines Flugzeugs), der besonders schwere Unglücksfall selbst (beabsichtigter Flugzeugabsturz) aber noch nicht eingetreten sei. Denn der Begriff des besonders schweren Unglücksfalls im Sinne des Art. 35 II S. 2 GG umfasse auch Vorgänge, die den Eintritt einer Katastrophe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten ließen. Jedoch ist das Gericht der Ansicht, dass die Einsatzmaßnahme der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt deshalb nicht den Rahmen des Art. 35 II S. 2 GG wahre, weil diese Norm einen Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nicht erlaube. Die „Hilfe“, von der Art. 35 II S. 2 GG spreche, werde den Ländern gewährt, damit diese die ihnen im Rahmen der Gefahrenabwehr obliegende Aufgabe der Bewältigung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen wirksam erfüllen könnten. Die Ausrichtung auf diese Aufgabe im Zuständigkeitsbereich der Gefahrenabwehrbehörden der Länder bestimme notwendig auch die Art der Hilfsmittel, die beim Einsatz der Streitkräfte zum Zweck der Hilfeleistung verwendet werden dürften. Sie könnten nicht von qualitativ anderer Art sein als diejenigen, die den Polizeikräften der Länder für die Erledigung ihrer Aufgaben originär zur Verfügung stünden.

Des Weiteren sei § 14 III LuftSiG auch nicht mit Art. 35 III S. 1 GG vereinbar. Nach dieser Bestimmung sei im Fall des überregionalen Katastrophennotstands zum Einsatz der Streitkräfte ausdrücklich nur die Bundesregierung ermächtigt. Dem würden die Regelungen im LuftSiG nicht in ausreichendem Maße gerecht. Diese sähen vor, dass der

Verteidigungsminister im Benehmen mit dem Bundesinnenminister entscheide, wenn eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich sei. Angesichts der knappen Zeit, die im vorliegenden Zusammenhang im Allgemeinen nur zur Verfügung stehe, werde die Bundesregierung danach bei der Entscheidung über den Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophenfall nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig durch einen Einzelminister ersetzt. Dies mache deutlich, dass Maßnahmen der in § 14 III LuftSiG normierten Art auf dem in Art. 35 III S. 1 GG vorgesehenen Weg i.d.R. nicht zu bewältigen seien. Darüber hinaus sei der wehrverfassungsrechtliche Rahmen des Art. 35 III S. 1 GG vor allem deshalb überschritten, weil auch im Fall des überregionalen Katastrophennotstands ein Einsatz der Streitkräfte mit typisch militärischen Waffen von Verfassungen wegen nicht erlaubt sei.

Bewertung: Unabhängig von der Frage, ob § 14 III LuftSiG tatsächlich mit Art. 35 II S. 2 und III GG vereinbar ist, ist dies eine Frage der Verwaltungs-, nicht der Gesetzgebungskompetenz.

II. Verwaltungskompetenz des Bundes?

Jedoch ist auch zweifelhaft, ob die Bundeswehr als Teil der bundeseigenen Verwaltung für den Vollzug dieses Gesetzes zuständig ist. Denn aus Gründen der Machtbalance hat der Verfassungsgeber in den Art. 83 ff. GG auch Verwaltungskompetenzen grundsätzlich den Ländern zugesprochen. Will der Bund Bundesgesetze durch Bundesbehörden ausführen lassen, bedarf er dazu ausdrücklicher Kompetenznormen. Denn eine Verwaltungskompetenz „kraft Sachzusammenhangs“ ist richtigerweise bisher nicht anerkannt worden. Eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung enthält Art. 87d I S. 1 GG, wonach die Luftverkehrsverwaltung dem Bund zugeordnet ist. Ob aber auch die Bundeswehr Bestandteil der Luftverkehrsverwaltung ist, darf zu Recht bezweifelt werden. Immerhin geht das Grundgesetz davon aus, dass es sich bei der Bundeswehr um eine eigenständige staatliche Institution handelt. Insbesondere dürfen gem. Art. 87a II GG Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt. Für die Ausführung des LuftSiG heißt dies: Entweder handelt es sich beim Bundeswehreinsatz im Rahmen des LuftSiG um einen „Verteidigungsfall“ oder es ist im Grundgesetz eine Bestimmung zu finden, die den Einsatz von Streitkräften zur Gewährleistung der „Luftsicherheit“ ausdrücklich zulässt. Beides ist zweifelhaft. Zwar wollen einige Literaturstimmen den Einsatz der Bundeswehr im Rahmen des LuftSiG als „Verteidigung“ i.S.v. Art. 87a II GG qualifizieren⁷, diese Annahme geht jedoch fehl. Denn wollte man den Begriff der „Verteidigung“ auf ein Vorgehen gegen Angriffe jeglicher Art ausweiten, wäre der Verfassungsvorbehalt des Art. 87a II GG bedeutungslos. Außerdem würde die von der Verfassung gezogene strikte Trennung von militärischer und polizeilicher Gewalt missachtet.⁸ Insbesondere sind Terrorangriffe nicht mit „militärischen“ Angriffen gleichzusetzen. Ernsthaft in Betracht kommt daher nur die

⁷ So *Baldus*, NVwZ **2004**, 1278, 1280; *Krings/Burkiczak*, DÖV **2002**, 501, 511; *Schmidt-Jortzig*, DÖV **2002**, 773, 777.

⁸ Richtig *Sattler*, NVwZ **2004**, 1286. Jedenfalls lässt die in der Literatur vereinzelt vorzufindende Behauptung, es sei unzweifelhaft, dass es sich beim Bundeswehreinsatz im Rahmen des LuftSiG um einen Einsatz i.S.v. Art. 87a II GG handele (so *Baldus*, NVwZ **2004**, 1278, 1280), das erforderliche Problembewusstsein und Verfassungsverständnis vermissen.

zweite Variante des zulässigen Streitkräfteeinsatzes: die sonstige ausdrückliche Zulässigkeit gem. einer grundgesetzlichen Bestimmung. Eine solche könnte Art. 35 II S. 2, III GG sein. Mit diesen Bestimmungen lässt das Grundgesetz den Einsatz der Bundeswehr bei Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen zu (s.o.). Bei einem Terrorangriff eine Naturkatastrophe anzunehmen, ist jedoch abwegig. Möglicherweise ist aber ein besonders schwerer Unglücksfall zu bejahen. Allerdings wäre ein solcher ja gerade noch nicht eingetreten, wenn der Befehl zum Abschuss eines Verkehrsflugzeuges erteilt würde, da der besonders schwere Unglücksfall gerade mit dem Abschuss des betreffenden Verkehrsflugzeugs verhindert soll. Daher könnte die Zuständigkeit der Bundeswehr zur Terrorismusbekämpfung nur dann bejaht werden, wenn Art. 35 II S. 2, III GG den Streitkräfteeinsatz bereits für Präventivmaßnahmen zuließe. Der Wortlaut in Art. 35 II S. 2 GG „zur Hilfe *bei* einer“ spricht jedenfalls nicht dafür.⁹ Daher wäre auch das (hypothetische) Argument, der „Unglücksfall“ sei bereits mit dem Abheben des Verkehrsflugzeugs eingetreten, weil dessen Flug nicht mehr kontrollierbar sei, wenn sich Terroristen an Bord befänden, unzulässig.

Schließlich kommt eine Zuständigkeit der Bundeswehr über das Institut der Amtshilfe gem. Art. 35 I GG in Betracht. Doch unter „Amtshilfe“ ist die Hilfeleistung unter Überwindung bestehender Zuständigkeitsgrenzen zu verstehen. Aber im LuftSiG ist die Zuständigkeit der Bundeswehr explizit geregelt, sodass es nichts zu überwinden gibt. Außerdem setzt eine rechtmäßige Amtshilfe voraus, dass die Hilfeleistung nicht verselbständigter Gegenstand einer sondergesetzlichen Aufgabenzuweisung ist.¹⁰ Doch gerade dies ist bei dem LuftSiG der Fall.

Ergebnis: Das LuftSiG ist auch wegen fehlender Zuständigkeit der Bundeswehr formell verfassungswidrig.

Resümee: Bereits in der 5. Auflage 2005 seines Buches zum Staatsorganisationsrecht hat der Verfasser vertreten, dass sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Änderung der Verfassung in Bezug auf den Streitkräfteeinsatz angeboten hätte. Wenn das Bedürfnis nach einem LuftSiG doch so groß war, hätte es keine große Hürde dargestellt, eine Grundlage im Grundgesetz zu schaffen. Diese wäre systematisch bei Art. 87a oder d GG einzuordnen gewesen. Doch das hätte eine verfassungsändernde Mehrheit in Bundestag und Bundesrat vorausgesetzt. Von einer solchen Einigkeit war der Staat zum damaligen Zeitpunkt jedoch weit entfernt. Insofern ist im Ergebnis, nicht aber in der Begründung der Auffassung des BVerfG zu folgen.

Im Übrigen will der Verfasser nicht die seines Erachtens zwingende Notwendigkeit eines Luftsicherheitsgesetzes in Frage stellen. Er will lediglich verdeutlichen, dass der Gesetzgeber das LuftSiG durch eine entsprechende Grundgesetzänderung hätte absichern müssen. Außerdem will er verdeutlichen, dass der Föderalismus schon lange

⁹ Abzulehnen ist auch hier die Sichtweise von *Sittard/Ulbrich*, JuS **2005**, 432, 434, die den Wortlaut des Art. 35 III S. 1 GG genau umgekehrt verstanden wissen wollen, nämlich dass er auch das Vorfeld eines Unglücksfalls umfasse. Fehl geht noch dazu die Annahme, die Verwaltungskompetenz sei eine Frage des materiellen Rechts (zumindest diesbezüglich überzeugt das Urteil des BVerfG v. 15.2.2006).

¹⁰ v. *Darwitz*, in: Bonner Kommentar, Art. 35 Rn 22; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 35 Rn 4.

nicht mehr praktikabel ist. Schon immer hat sich der Verfasser für einen Zentralstaat ausgesprochen. Die jüngsten Bestrebungen nach einer bundeseinheitlichen Terrorismusbekämpfung, einer Zusammenlegung von Geheimdiensten und nicht zuletzt die anvisierte Staatsreform mit über 90 Grundgesetzänderungen, die nach dem ehrgeizigen Ziel des Gesetzgebers noch vor der Sommerpause 2006 in Kraft treten soll, untermauern die Notwendigkeit einer Neuordnung.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

In materiellrechtlicher Hinsicht stellen sich in erster Linie grundrechtliche Fragen, weil der im LuftSiG vorgesehene Einsatz des letzten Mittels, die Einwirkung mit Waffengewalt, zwangsläufig zum einen den Tod der Personen, die das Flugzeug als Waffe und Tatmittel verwenden, und – im Fall einer entführten Passagiermaschine – zum anderen auch den Tod der Passagiere, die für die Gefahrenlage keine Verantwortung tragen¹¹, zur Folge hat. Das zentrale Problem besteht mithin in der Beantwortung der Frage, ob die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe, insbesondere in Art. 2 II S. 1 GG, verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können.

I. Tötung der Verantwortlichen

Die in § 14 III LuftSiG vorgesehene Befugnis, als letztes Mittel auch Waffengewalt einzusetzen, impliziert zunächst die Tötung der Gefahrverantwortlichen und stellt damit einen Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG dar. Diese Situation gleicht dem finalen Rettungsschuss, den die Polizei als äußerstes Mittel des unmittelbaren Zwangs einsetzt, um z.B. eine Geisel aus der Gewalt eines Entführers zu befreien. Die Rechtfertigung des Eingriffs in das Leben des Entführers ergibt sich daraus, dass der Staat seiner grundsätzlichen Verpflichtung zum Schutz des Opfers nachkommt und dass der handelnde Beamte eine rechtsfehlerfreie Abwägung zwischen dem Leben des Opfers und dem des Aggressors vornimmt.¹² Nichts anderes gilt für den Abschuss eines als Tatwaffe missbrauchten Flugzeugs, wenn in einer solchen Situation das Leben unschuldiger Menschen, die vom (gezielten) Absturz des Flugzeugs betroffen wären, höher bewertet wird als das Leben der Entführer. Das BVerfG hat § 14 III LuftSiG insoweit auch nicht beanstandet. In zutreffender Weise hat es entschieden, dass es der Subjektstellung des Angreifers entspreche, wenn ihm die Folgen seines selbst bestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet würden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen werde. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei gewahrt. Das mit § 14 III LuftSiG verfolgte Ziel, Leben von Menschen zu retten, sei von solchem Gewicht, dass es den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter rechtfertigen könne. Die Schwere des gegen sie gerichteten Grundrechtseingriffs werde zudem dadurch gemindert, dass die Täter selbst die Notwendigkeit des staatlichen

¹¹ Im Polizeirecht würde man von „Nicht-Verantwortlichen“ oder „Nichtstörern“ sprechen (vgl. *R. Schmidt*, *BesVerwR* II, 9. Aufl. 2005, Rn 539 ff.).

¹² Im Übrigen ist es beim finalen Rettungsschuss unstrittig, dass Art. 2 II S. 1 GG (und damit Art. 1 I GG) nicht verletzt ist, wenn er die einzige Möglichkeit darstellt, eine gegenwärtige Gefahr für das Leben der Geisel(n) abzuwehren, und er auf einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage ergeht (*Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 85; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn 77; *Murswiek*, in: *Sachs*, GG, Art. 2 Rn 182; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 2 Rn 42; *Pieroth/Schlink*, Rn 405).

Eingreifens herbeigeführt hätten und dieses Eingreifen jederzeit dadurch wieder abwenden könnten, dass sie von der Verwirklichung ihres verbrecherischen Plans Abstand nähmen.

II. Tötung der nicht-verantwortlichen Passagiere

Äußerst problematisch erweist sich dagegen die Beantwortung der Frage, ob es im Fall eines nicht nur mit Tätern, sondern auch mit unschuldigen Passagieren besetzten Flugzeugs rechtmäßig sein kann, den Tod der Passagiere in Kauf zu nehmen, um andere (unzählige) Menschen am Boden zu retten. Im Fall des Missbrauchs eines Passagierflugzeugs als „fliegende Bombe“ sieht sich der Staat also vor die Wahl gestellt: Entweder er entscheidet sich für das Untätigbleiben, dann erleiden u.U. mehrere tausend unschuldiger Menschen den Tod, weil Terroristen ein vollbesetztes Flugzeug als Waffe gegen diese eingesetzt haben; oder er opfert das Leben unschuldiger Passagiere, um das anderer Menschen zu schonen.

Das BVerfG hat § 14 III LuftSiG mit dem Recht auf Leben (Art. 2 II S. 1 GG) i.V.m. mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 I GG) für nicht vereinbar angesehen, soweit von dem Einsatz der Waffengewalt tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen würden.

1. Verletzung der Menschenwürde?

In Bezug auf die Menschenwürde hat das BVerfG entschieden, dass sich die einem solchen Einsatz ausgesetzten Passagiere und Besatzungsmitglieder in einer für sie ausweglosen Lage befänden. Sie könnten ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen. Dies mache sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 III LuftSiG greife, behandle die unschuldigen Passagiere bzw. Besatzungsmitglieder als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutz anderer. Eine solche Behandlung missachte die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie würden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt werde, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt werde, werde den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen zukomme. Unter der Geltung des Art. 1 I GG sei es schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich in einer derart hilflosen Lage befänden, vorsätzlich zu töten. Die Annahme, dass derjenige, der als Besatzungsmitglied oder Passagier ein Luftfahrzeug besteige, mutmaßlich in dessen Abschuss und damit in die eigene Tötung einwillige, falls dieses in einen Luftzwischenfall verwickelt werde, sei eine lebensfremde Fiktion. Auch die Einschätzung, dass die Betroffenen ohnehin dem Tod geweiht seien, vermöge der Tötung unschuldiger Menschen in der geschilderten Situation nicht den Charakter eines Verstoßes gegen den Würdeanspruch dieser Menschen zu nehmen. Menschliches Leben und menschliche Würde genössen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz. Die teilweise vertretene Auffassung, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern, wenn es nur auf diese Weise möglich sei, das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen

Zusammenbruch und Zerstörung abzielen, führe ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Denn im Anwendungsbereich des § 14 III LuftSiG gehe es nicht um die Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet seien. Schließlich lasse sich § 14 III LuftSiG auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten derjenigen rechtfertigen, gegen deren Leben das als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden solle. Zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten dürften nur solche Mittel verwendet werden, die mit der Verfassung in Einklang stünden. Daran fehle es im vorliegenden Fall jedoch.

Stellungnahme: Der vom BVerfG angenommene Verstoß gegen die Menschenwürde ist nicht zwingend. Denn man kann eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) trotz der Inkaufnahme des Todes der Passagiere verneinen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, der Abschuss des Flugzeugs gehe nicht mit Verhaltensweisen und Motivationen einher, durch die den Betroffenen der Achtungsanspruch als Mensch abgesprochen werde. Denn eine zum Tod der Passagiere führende Maßnahme, um die es vorliegend geht, zielt alleine darauf ab, eine noch größere Katastrophe abzuwenden. Mit einer menschenverachtenden Verhaltensweise hat dies nichts zu tun, auch wenn der Tod Unschuldiger notwendigerweise in Kauf genommen wird.¹³

2. Verletzung des Grundrechts auf Leben?

Ob der mit dem Abschuss des Flugzeugs zwingend einhergehende Eingriff in das **Leben** der Passagiere (Art. 2 II S. 1 GG) gerechtfertigt sein kann, ist dagegen höchst problematisch. Das BVerfG prüft Art. 2 II S. 1 GG nicht eigenständig, sondern nur i.V.m. der soeben behandelten Menschenwürde. In einer juristischen Prüfungsarbeit ist aber eine separate Prüfung angezeigt.

Als Rechtfertigungsgrund kommt der Schutz einer Vielzahl (ebenfalls) unschuldiger Menschen am Boden in Betracht, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit an der geplanten Absturzstelle zu Tode kommen werden. So hätten durch einen rechtzeitigen Abschuss der Flugzeuge, die am 11.9.2001 auf das World Trade Center oder das US-amerikanische Verteidigungsministerium zurasten, tausende Menschenleben gerettet werden können. Doch darf der Staat, auch wenn er letztlich seiner Verpflichtung nachkommt, das Leben einer nicht überschaubaren Zahl von Menschen am Boden zu schützen, deren Leben mit dem Leben der im Flugzeug befindlichen, nicht für die Gefahr verantwortlichen Passagieren abwägen? Immerhin erstreckt sich die staatliche Schutzpflicht auch auf die Flugzeuginsassen. Das Problem erlangt eine noch größere Dimension, wenn man sich als Ziel der Terroristen ein Kernkraftwerk vorstellt.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Abwägung spricht der Umstand, dass sie letztlich auf eine Quantifizierung von Leben und damit auf eine unzulässige Objektivierung und Verachtung des einzelnen Menschen hinausläufe. Der Staat würde sich anmaßen, Schicksale zu bestimmen. Auf der anderen Seite müssten die staatlichen Entscheidungsträger tatenlos zusehen, wenn eine gekaperte und mit Passagieren besetzte Maschine in ein Hochhaus, eine Staumauer, eine Chemiefabrik oder sogar in ein

¹³ Wie hier *Baldus*, NVwZ **2004**, 1278, 1284; unsubstantiiert *Melzer/Haslach/Socher*, NVwZ **2005**, 1361 f.

Atomkraftwerk gesteuert würde und der Einschlag der Maschine zu insgesamt mehr Todesopfern und noch größerem Leid führte als der Abschuss der Maschine.

Lösungsvorschläge für einen solchen Konflikt finden sich schon bei Sokrates (geboren um 470 v. Chr.), der lehrte, dass Unrecht leiden besser sei als Unrecht tun. Dagegen steht die Meinung der sog. Utilitaristen, vertreten u.a. von Jeremy Bentham (1748-1832), der als Ziel das größtmögliche Glück für die größtmögliche Zahl von Menschen nannte.¹⁴

Einen Ausweg aus diesem Dilemma scheint eine Übertragung der Wertungen des im Strafrecht anerkannten übergesetzlichen Notstands zu bieten. Danach führt die konkrete Gefahrabwehrhandlung zum Ausschluss des Schuldvorwurfs, wenn sie bei ethischer Gesamtbetrachtung das einzige Mittel ist, das im Verhältnis zu dem durch die Tat verhinderten Unheil das wesentlich geringere Übel darstellt.¹⁵ Als Beispiel sei der Schiffskapitän genannt, der die unteren Schotten des leckgeschlagenen Schiffs schließen lässt und dabei den Tod weniger, in den unteren Decks befindlicher Menschen in Kauf nimmt, um viele andere Passagiere zu retten. Dass der Schiffskapitän vor einem moralischen und juristischen Dilemma steht, unterliegt keinem vernünftigen Zweifel. Einhellig wird in einem solchen Fall eine Straflosigkeit angenommen, gleichwie sich der Kapitän entscheidet.

Rational betrachtet geht es bei solchen Rettungshandlungen letztlich um den kollektiven Nutzen. Danach wäre auch ein Abschuss einer mit Passagieren besetzten Maschine dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er zu einem höheren kollektiven Nutzen führte als das Untätigbleiben der Sicherheitsorgane. Im konkreten Fall wäre also zu ermitteln, bei welcher Entscheidungsmöglichkeit am Ende mehr Menschenleben gerettet werden könnten.¹⁶

Eine solche Lösung ist sicherlich nicht frei von moralischen und juristischen Bedenken. Jedoch sollte bei der *juristischen* Bewertung stets bedacht werden, dass die in den unteren Decks des sinkenden Schiffes und die im als Bombe eingesetzten Flugzeug befindlichen Passagiere, aber auch die Menschen im Einflussbereich der Absturzstelle, ohnehin den sicheren Tod finden würden. Sollte der Kapitän und – im Fall der Flugzeugentführung – der Staat dann nicht wenigstens die Mehrzahl von Menschen oder überhaupt Menschen retten dürfen?

Freilich entspricht dieser Standpunkt nicht der Auffassung des BVerfG. Das Gericht meint, die Opferung unschuldiger Passagiere sei unter der (unabänderlichen) Geltung der Menschenwürdegarantie „schlechterdings unvorstellbar“. Allerdings schränkt es diese Aussage sogleich wieder ein, indem es hinzufügt: „Auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung“. Das heißt also, dass es auch nach Auffassung des BVerfG Fälle geben

¹⁴ Siehe ausführlich dazu *Hans Joachim Störig* – Kleine Weltgeschichte der Philosophie Bd. 2, S. 146, Fischer Taschenbuch Verlag, 11. Auflage, Frankfurt a.M. 1974 sowie den instruktiven Aufsatz von *Heidi Bunse*, Quo vadis Rechtsstaat?, www.jurawelt.com/aufsaeetze/10825.

¹⁵ Vgl. *R. Schmidt*, StrafR AT, 4. Aufl. **2005**, Rn 609.

¹⁶ *Baldus*, NVwZ **2004**, 1278, 1285. Vgl. auch *Götz*, NJW **2005**, 953 ff. und *Erb*, Jura **2005**, 24 ff.

kann, in denen der Staat handeln muss, die aber nicht gesetzlich geregelt werden können. Diese Erkenntnis ist in einem Staat, in dem die Gesetzesflut ein nie gekanntes Ausmaß erreicht hat, und in dem nahezu jeder erdenkliche Lebenssachverhalt verrechtlicht ist, nicht vermittelbar. Zudem setzt sich das Gericht in Widerspruch mit seiner sonst in ständiger Rechtsprechung proklamierten Wesentlichkeitstheorie, wonach alle für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu regeln seien, da ausschließlich das Parlament durch Wahlen unmittelbar demokratisch legitimiert sei.¹⁷ Warum also z.B. beim Schwangerschaftsabbruch oder bei der Stammzellenforschung eine parlamentarische Rechtsgrundlage erforderlich sein soll, der Abschuss von mit unschuldigen Passagieren besetzten Verkehrsflugzeugen hingegen einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich sein soll, erschließt sich dem vernünftigen Betrachter nicht. Erst recht müsste nach der Wesentlichkeitstheorie der Abschuss von Passagierflugzeugen gesetzlich geregelt werden. Denn ein stärkerer Eingriff in die Grundrechte als bei einer Tötung ist nicht vorstellbar. Um widerspruchsfrei zu argumentieren, hätte das Gericht also entweder § 14 III LuftSiG für verfassungsgemäß erachten müssen oder aber den Abschuss generell für rechtswidrig erklären müssen. Die Aussage, dass es Fälle geben könne, in denen der Staat handeln müsse, nicht jedoch auf der Grundlage eines Gesetzes, ist nicht haltbar. Letztlich läuft diese Aussage darauf hinaus, dass der Bundeswehripilot vor das Dilemma gestellt wird, staatsrechtlich im Rahmen des „Statsnotstandes“ und strafrechtlich im Rahmen des „übergesetzlichen Notstandes“ selbst zu entscheiden, ob er tatenlos zusieht, wie das als Bombe missbrauchte Passagierflugzeug in ein Hochhaus gesteuert wird, oder ob er – nunmehr in sicherer Gewissheit, rechtswidrig zu handeln – sich entschließt, das Flugzeug abzuschießen. Zwar kann er aufgrund des Daschner-Urteils¹⁸ auf eine Strafaussetzung zur Bewährung hoffen, er wird aber in jedem Fall disziplinarrechtliche Konsequenzen befürchten müssen.

Dagegen hält das BVerfG die gesetzlich ermöglichte Tötung der Entführer selbst prinzipiell nicht für grundrechtswidrig (s.o.). Wenn also eine Gruppe von Terroristen ein mit Sprengstoff beladenes Flugzeug als Waffe einsetzen will, ist ein Abschuss aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung möglich. Freilich gibt es auch hier Unwägbarkeiten, weil man nie ausschließen kann, dass nicht z.B. eine Geisel an Bord ist. Doch fallen diese Unwägbarkeiten nach Ansicht des BVerfG „in den Verantwortungsbereich der Straftäter“. Führt die Lagebeurteilung zu der „sicheren Einschätzung“, dass sich im Flugzeug nur die Täter aufhielten, und zu der Prognose, dass durch einen Abschuss die Gefahr für die am Boden bedrohten Menschen abgewendet werden könne, könne dieser staatliche Eingriff verfassungsgemäß sein. In dieser „außergewöhnlichen Ausnahmesituation“ sei auch der Wesensgehalt des Grundrechts auf Leben gewahrt.

Fazit: Insgesamt ist die Entscheidung zwiespältig und hat einen untauglichen Grundton: Zwiespältig ist die Entscheidung, weil das Gericht zum einen meint, dass Menschen „verdinglicht“ und zugleich „entrechtlicht“ würden und Leben und Würde „ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen

¹⁷ Vgl. nur BVerfGE 1, 13, 60; 47, 46, 79; 49, 89, 126; 58, 257, 268; 88, 103, 116; 108, 282, 294 ff.; BVerwG DVBl 2002, 479, 480; BVerwG NVwZ 2002, 858; BVerwGE 112, 194, 200.

¹⁸ LG Frankfurt NJW 2005, 692 ff.

verfassungsrechtlichen Schutz“ genossen, dabei jedoch verkennt, dass menschliches Leben oft – und unter Billigung der Rechtsordnung – zum Objekt gemacht wird. Auch von den Soldaten fordert der Staat, den persönlich höchsten Einsatz zugunsten eines übergeordneten Zwecks zu leisten, ohne dass jemand etwa das Soldatengesetz wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde für verfassungswidrig erklären würde.

Untauglich ist der Grundton der Entscheidung, weil nach ihr nur solche Flugzeuge abgeschossen werden dürfen, in denen sich ausschließlich Terroristen befinden. Diese müssten daraus folgern, sich eines unschuldigen Menschen zu bemächtigen und diesen als Opfer mit zu nehmen, um sicher sein zu können, nicht vor Durchführung ihres Anschlags abgeschossen zu werden.