

Prof. Dr. Ekkehart Reimer*

Die Schwäche des Rechtsstaats ist seine Stärke

Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 15.2. 2006 (Luftsicherheitsgesetz)

Abstract

Darf der Staat das Leben Unschuldiger opfern, wenn sie ohnehin dem Tode geweiht sind und er auf diese Weise ein noch größeres Unheil verhindern kann? Das ist die grundrechtliche Kernfrage, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz verneint hat. Daneben war die angegriffene Regelung eine Vielzahl weiterer Bedenken ausgesetzt, zu denen das Gericht ebenfalls Stellung genommen hat. Sie reichen tief in das Staatsorganisationsrecht hinein. Die Entscheidung ist daher nach Breite und Tiefe der Fragestellungen, aber auch ausweislich ihres publizistischen Wiederhalls schon heute ein Klassiker.

* Univ.-Prof., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Prinzipien des Europäischen und Internationalen Steuerrechts am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 15. 2. 2006 in Heidelberg gehalten hat.

Die Todesstrafe ist abgeschafft (Art. 102 GG), aber vor Beendigung einer Straftat kann sich ein Täter auch im freiheitlichen Rechtsstaat seines Lebens nicht sicher sein. Diese Abstufung des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes zwischen präventiv-polizeilichem Handeln einerseits und der Strafverfolgung und Bestrafung andererseits wird verfassungsrechtlich überwiegend für zulässig gehalten. Wie aber ist es, wenn staatliche Amtsträger außer dem Handlungsstörer willentlich auch Unschuldige töten, um ein größeres Unheil abzuwenden? Ist die Tötung Unschuldiger zumindest dann rechtmäßig, wenn die Betroffenen dem Tode bereits durch das Handeln von Terroristen ausgeliefert sind und nach besten Erkenntnismöglichkeiten ex ante ohnehin binnen kürzester Zeit gestorben wären? Dies sind die grundrechtlichen Kernfragen, die zur Entscheidung standen.

Die Entscheidung des Ersten Senats¹ zum Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG²) erging im Verfahren über eine Reihe von Verfassungsbeschwerden, die unmittelbar gegen § 14 III LuftSiG gerichtet waren. Die Vorschrift enthielt eine Eingriffsermächtigung für den Fall, dass durch den Betrieb eines Luftfahrzeugs ein besonders schwerer Unglücksfall droht, der nur durch Einsatz der Streitkräfte im Luftraum abzuwehren ist. In diesem Fall sollte „[d]ie unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt [...] zulässig [sein], wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist. Der Bundesgesetzgeber hatte mit dieser Regelung auf Bedrohungen nach Art des 11. September 2001 reagiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte sich die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt i. S. d. § 14 III LuftSiG auch gegen Personen richten können, die die Gefahr eines besonders schweren Unglücksfalls nicht geschaffen haben.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügten die Beschwerdeführer – allesamt Fluggäste – Verletzungen ihres Rechts auf Leben, aber auch Verstöße gegen die Garantie der Menschenwürde, ferner – nachfolgend nicht zu erörternde³ – Kompetenzverstöße des Bundesgesetzgebers. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden hat das Gericht im Wesentlichen bejaht. Es ist auch in der Begründetheit dem Vorbringen der Beschwerdeführer – teils überraschend – weitgehend gefolgt.

I. Das Recht auf Leben und seine Verstärkung durch die Menschenwürde

Art. 2 II S. 3 GG stellt das Recht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt. Grundsätzlich unterliegt aber jedes Schrankengesetz schon auf der Rechtssetzungsebene seinerseits Beschränkungen, vor allem der Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 II GG) und dem Ver-

1 BVerfG NJW 2006, 751 ff. = JZ 2006, 408 ff.

2 Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben v. 11. 1. 2005, BGBl. I S. 78.

3 Zu den Kompetenzfragen siehe z. B. die Anmerkungen von W.-R. Schenke, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG, NJW 2006, S. 736 (737 f.); D. Winkler, Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes, NVwZ 2006, S. 536 (536 f.).

hältnismäßigkeitsprinzip. Auf der Rechtsanwendungsebene muss das Schranken- gesetz zudem im Lichte des eingeschränkten Grundrechts ausgelegt werden; auch da- durch wird es seinerseits eingeschränkt. Das alles verbietet die gezielte Tötung eines Menschen aber nicht schlechthin. Insbesondere steht dem nicht die Wesensgehaltsga- rantie entgegen: Denn sonst liefe der umfassende Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II S. 3 GG, der sich auch auf das Recht auf Leben erstreckt, vollständig leer.

Dynamik erhält das Grundrecht erst dadurch, dass der Erste Senat den Schutz aus Art. 2 II S. 1 GG durch einen zusätzlichen Rekurs auf die Menschenwürde verstärkt. Durch die Verwendung der Objektformel lässt sich das Recht auf Leben zu dem Vor- verhalten des Grundrechtsträgers und seinen Reaktionsmöglichkeiten in Beziehung setzen. Auf diese Weise lassen sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Eingriffe in das Recht auf Leben dynamisieren; das Gericht findet zu einer fundamentalen Un- terscheidung.

1. Handlungsstörer

Die Tötung des Handlungsstörers soll – wenn sie ihm angedroht worden ist oder ihm ohnehin bewusst war – keine Verletzung seiner Menschenwürde, sondern lediglich einen Eingriff gegen sein Recht auf Leben begründen. Sie ist folglich der Rechtfertigung nach Maßgabe von Art. 2 II S. 3 GG zugänglich. Der Erste Senat bestätigt damit die klassische Linie, wonach Eingriffsermächtigungen der Polizei zur Abgabe eines sog. finalen Rettungsschusses verfassungsmäßig sind.⁴ Wenn der Eingriff auf ein im Übrigen verfassungsmäßiges, d. h. insbesondere kompetenzgemäß ergangenes Schranken- gesetz gestützt werden kann und verhältnismäßig ist, verstößt er nicht gegen das Recht auf Leben.

Dass die Menschenwürde in diesem Fall nicht verletzt ist, begründet der Senat mit einer vergleichsweise schlichten, in ihrer Prägnanz aber eindrucksvollen Überlegung: Die Subjektqualität der Handlungsstörer werde nicht negiert. Entführer eines Flug- zeugs erhielten vielmehr eine staatliche Reaktion auf ihr eigenverantwortliches Han- deln; sie seien also Subjekte, weil sie lediglich eine Antwort des Staates auf eine von ihnen gestellte Frage herbeiführten. Der Gedanke der Ingerenz ist zwar in dieser Formulierung möglicherweise noch zu weit gefasst; auch die frühere Judikatur zeigt ja, dass einem Straftäter die Berufung auf Art. 1 I GG nicht schon deshalb abge- schnitten ist, weil er eine Straftat begangen hat.⁵ In der Situation einer polizeirechtlichen Gefahr liegen die Dinge indes anders: Erstens ist die Gefahr – anders als bei einem Angeklagten oder bei einem verurteilten Straftäter – noch gegenwärtig. Zwei- tens verlangt der Senat zusätzlich, dass den Flugzeugentführern zunächst der Befehl zum Abdrehen oder Landen gegeben wird; die Streitkräfte müssen vor einem Ab- schuss einen Warnschuss oder andere Signale abgeben. Erst wenn dies erfolglos

4 *Lerche*, Der gezielte tödliche Schuß nach künftigem einheitlichen Polizeirecht, FS von der Heydte, 1977, S. 1033; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II. Grundrechte, 21. Aufl. (2005), Rdnr. 405; jeweils m. w. N.

5 BVerfGE 45, 187 – *lebenslange Freiheitsstrafe*.

bleibt, die Entführer die Kommunikation also bewusst verweigert haben, entfällt der Schutz der Menschenwürde:

„Wer [...] Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt [...], wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn [...] abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt“.⁶

Daher gilt in diesem Fall die Standarddogmatik des Art. 2 II GG, wonach es entscheidend darauf ankommt, ob der Eingriff in das Recht auf Leben verhältnismäßig ist. Das setzt zunächst voraus, dass er der Abwehr einer konkreten Gefahr für das Leben Unbeteiligter dient. Hier werden also Leben gegen Leben abgewogen. Das ist nicht unzulässig; und das Ergebnis wird auch nicht dadurch präjudiziert, dass jedes Leben jedem anderen prinzipiell gleichwertig ist.

Schwierigkeiten ergeben sich aber spätestens bei der Bildung des Obersatzes für die Verhältnismäßigkeit i. e. S.: Liegt ein Grundrechtsverstoß nur vor, wenn der Eingriff „übermäßig“ ist, d. h. die durch den Waffeneinsatz beeinträchtigten Rechtsgüter (das Leben der Handlungsstörer) wesentlich schwerer wiegen als die durch ihn geschützten? Oder muss der Eingriff „angemessen“ sein, ist er also immer schon dann verfassungswidrig, wenn die Zahl der durch den Waffeneinsatz Getöteten nach Maßgabe der Ex-ante-Prognose die Zahl der durch ihn Geretteten auch nur geringfügig übersteigt?

Diese Frage hängt wesentlich davon ab, wie weit der Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist. Schraubt man die verfassungsgerichtliche Prüfungsdichte hoch, weil es um einen irreversiblen Eingriff in einen „Höchstwert“ geht,⁷ ist ein Eingriff nur gerechtfertigt, wenn seine Vorteile die Nachteile überwiegen. Billigt man dem Gesetzgeber dagegen einen weiten Gestaltungsspielraum zu, dürfen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i. e. S. keine strengen Anforderungen gestellt werden; es genügt, wenn der Eingriff nicht übermäßig ist. Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung spricht viel für die zweite Auffassung. Die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt kein Überwiegen des zu schützenden Rechtsguts gegenüber dem Rechtsgut, das durch den Eingriff verkürzt wird. Es genügt vielmehr, wenn die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum Gewicht des zu schützenden Rechtsguts steht. Bei qualitativem Gleichgewicht beider Abwägungsbestandteile lässt die Verfassung die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers und – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – des Rechtsanwenders gelten.

Daraus folgt, dass die isolierte Tötung (nur) der Handlungsstörer verhältnismäßig sein kann, wenn nur dadurch eine konkrete Lebensgefahr für unbeteiligte Dritte am Boden abgewendet werden kann.

6 BVerfG, NJW 2006, 751 ff. = JZ 2006, 408 ff. (unter C. II.2. b) cc) aaa) der Gründe).

7 BVerfGE 46, 160 (164).

2. Unbeteiligte Flugzeuginsassen

a) Die Abwägung als Entscheidungserwartung

Im Hinblick auf die unbeteiligten Flugzeuginsassen war vielfach erwartet worden, dass der Erste Senat ebenfalls einen verfassungslegitimen Zweck für den staatlichen Tötungseingriff anerkennen, sodann in eine Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter eintreten würde.

Als derartiger Zweck kommt in erster Linie im Schutz von Leib und Leben unbeteiligter Dritter am Boden (von Hochhausinsassen oder den Bewohnern des Gebiets rings um Atomkraftwerke, chemische Anlagen etc.) in Betracht. Möglicherweise lässt sich daneben als weiterer, kommunikationspsychologisch vorgelagerter Zweck die Abschreckung potenzieller Entführer sehen. In dieser Variante dienen jedenfalls das Gesetz als solches, möglicherweise aber auch seine Anwendung im Einzelfall gerade auch dem Schutz von Flugzeuginsassen im Vorfeld einer Gefahr.

Im Hinblick auf beide Zwecksetzungen lassen sich Eignung und Erforderlichkeit jedenfalls dann bejahen, wenn man dem Gesetzgeber insoweit einen Einschätzungsspielraum zubilligt. In viel höherem Maße als bei der Tötung (nur) der Handlungstörer⁸ wäre nun aber die Verhältnismäßigkeit i. e. S. in höchstem Maße problematisch geworden. Denn die Flugzeuginsassen leben noch und sind gesund. Art. 2 II GG akzeptiert auch nicht die Kategorie des „todgeweihten Lebens“, stuft also den Lebensschutz nicht nach der einem Menschen verbleibenden Lebenszeit ab. Vielmehr gewährt das Grundgesetz stets gleichen verfassungsrechtlichen Schutz für alle. Das gebietet nicht zuletzt die besondere Schutzbedürftigkeit des Menschen im Angesicht des Todes.

aa) Das Grundrechtspatt im Fall Schleyer

Im Vorfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war daher unter Berufung auf das Urteil im Fall *Schleyer*⁹ immer wieder von einem „Grundrechtspatt“ die Rede gewesen. Damals hatte das Gericht klargestellt, dass die Handlungsmöglichkeiten der Bundesregierung auch in der Situation einer terroristischen Erpressung nicht in der Weise limitiert seien, dass die Bundesregierung von Verfassungen wegen zur Freilassung rechtmäßig verurteilter Häftlinge verpflichtet sei.

Teilweise ist daraus abgeleitet worden, dass die Regierung nach Opportunität entscheiden dürfe, wann immer Leben gegen Leben steht.¹⁰ Das müsse auch im vorliegenden Fall des LuftSiG gelten. Diese Berufung auf das Urteil im Fall *Schleyer* ist aber in mehrfacher Hinsicht problematisch. Erstens betraf das damalige Urteil eine Erpressung, also die Situation einer kriminellen Einwirkung auf die Willensbildung der staatlichen Amtsträger. Damals ging es dem Bundesverfassungsgericht um die Sicherung eines Entscheidungsspielraums der Bundesregierung. Vorliegend fehlt dieses subjektiv-psychologische Moment. Flugzeugentführer differenzieren nicht zwischen

8 Vgl. bereits oben 1.

9 BVerfGE 46, 160 (164 f.).

10 *Robbers*, BT-Innenausschuss-Prot. 15/35, S. 23.

Staat und Gesellschaft. Sie wollen das Gemeinwesen *in toto* treffen, Schrecken verbreiten, aber keine bestimmte Entscheidung herbeiführen. Zweitens: Bei *Schleyer* war es nicht der Staat, der tötete, sondern in beiden Varianten allein die Terroristen. Dem Staat fiel allenfalls ein Unterlassen zur Last. Vorliegend ging es dagegen um eine gezielte aktive Tötungshandlung des Staates. Daher taugt die *Schleyer*-Entscheidung nicht als Präjudiz; die Frage nach dem Grundrechtspat ist also noch nicht beantwortet.

bb) Prerogative des Abwehrrechts gegenüber der Schutzpflicht

In der Grundrechtsdogmatik kommt es entscheidend auf das Verhältnis der Grundrechte als Abwehrrechte zu den Grundrechten als Schutzpflichten an. Das LuftSiG wäre nur zu halten, wenn man prinzipiell die Schutzpflicht als gleichgewichtig mit dem Abwehrrecht ansehen könnte. Verschiedene Autoren haben zutreffend darauf hingewiesen, dass – jedenfalls nach liberalem Grundrechtsverständnis – eine Prerogative des Abwehrrechts gegenüber der Schutzpflicht anzunehmen sei.¹¹ Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe.

Erstens den Verfassungstext. Der Wortlaut der Grundrechte stellt die abwehrrechtliche Dimension in den Vordergrund. Innerhalb von Art. 1 I GG ist Satz 1 nicht nur seiner systematischen Stellung, sondern auch der gewählten Formulierung nach kategorischer als Satz 2, aus dem die Schutzpflichtendimension der Grundrechte maßgeblich abgeleitet wird. Auch die subjektiv-historische Auslegung geht eindeutig in diese Richtung.

Der zweite Grund für den Vorrang der Abwehrrechte liegt darin, dass die Abwehrrechte unmittelbar anwendbar sind. Ihre Rechtsfolge ist eindeutig. Als Schutzpflichten sind die Grundrechte dagegen nicht *self-executing*. Vielmehr bedürfen sie der Ausgestaltung im Einzelfall. Der Gesetzgeber muss erklären, *wie* er den Schutz der gefährdeten Personen und Rechtsgüter erreichen will. Ebenso bestehen auch auf der Rechtsanwendungsebene Einschätzungsspielräume, ein Entschließungs- und vor allem ein Auswahlermessen. Ganz unabhängig von der Frage, ob der Gesetzgeber eine Schutzpflicht im konkreten Fall (hier im LuftSiG) konkretisiert hat, zeigen diese Überlegungen auf der Obersatzebene, dass Schutzpflichten weniger selbstverständlich sind als Abwehrrechte. Sie sind unschärfer, und sie sind erhöht begründungsbedürftig. Darauf stellt auch das BVerfG ab.

Das alles bedeutet natürlich nicht, dass die Schutzpflichten generell hinter den Abwehrrechten zurückträten. Sonst wären Entscheidungen des BVerfG wie im Fall *Kalkar* oder die Abtreibungsentscheidungen von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr gilt der Vorrang der abwehrrechtlichen vor der schutzaktivierenden Funktion nur innerhalb ein und desselben Grundrechts. Bei Grundrechtsverschiedenheit (Beispiel: Abtreibung außerhalb der sog. medizinischen Indikation) kann sich die Schutzpflicht durchaus gegenüber dem Abwehrrecht durchsetzen.

11 Kersten, Die Tötung von Unbeteiligten – Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG, NVwZ 2005, S. 661 (662).

Wo aber Leben gegen Leben steht, kann es keinen Schutzanspruchs auf Kosten des Abwehrrechts geben. Hier dominiert vielmehr – klassisch – die abwehrrechtliche Dimension. Art. 2 II S. 1 GG verbietet deshalb eine staatliche Tötung Unschuldiger. Zumindest in einer ansonsten symmetrischen Situation (Zahlgleichheit von Opfern und Geretteten, keine Ungewissheitsprobleme) wäre der Fall damit schon nach herkömmlicher Dogmatik lösbar gewesen; eines Rückgriffs auf die Menschenwürde hätte es nicht bedurft.

cc) Der genaue Blick auf die Schutzwürdigkeit der Flugzeuginsassen

Natürlich ist diese symmetrische Situation aber ein gedankenexperimenteller Sonderfall. Bei der Rechtsanwendung im Einzelfall wird er kaum jemals auftreten; und selbst bei der abstrakt-generellen Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes kann er allenfalls als einer von vielen unterschiedlichen Fällen in Betracht kommen.

Richtigerweise bedarf es schon auf dieser abstrakt-generellen Ebene eines genaueren Blicks. Er muss davon ausgehen, dass die Insassen des Flugzeugs zur Zeit des Eingriffs bereits individuell feststehen und den Eingriff mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht überleben werden, während die zu schützenden Personen am Boden selbst anhand abstrakter Kriterien noch nicht eindeutig bestimmbar sind. Schon das trägt ein Element der Asymmetrie in die Grundrechtsprüfung hinein. Einen weiteren Aspekt hat das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung angedeutet: Die Schutzpflicht streitet nicht nur für die Menschen am Boden, sondern in mindestens gleichem Maße auch für die unschuldigen Flugzeuginsassen. Sie sind in einer existenziell gefährlichen Situation, in der sie – mehr als jemals zuvor – der Hilfe und des Schutzes des Staats bedürfen. Im Unterschied zu den Menschen am Boden sind sie sich ihrer Gefährdung auch subjektiv bewusst; das verschlimmert ihre Lage zusätzlich. Insofern können sie sich nicht nur auf die abwehrrechtliche Dimension, sondern ihrerseits auch auf die grundrechtlichen Schutzpflichten berufen.

Indes: Die Erfüllung einer Schutzpflicht steht unter Möglichkeitsvorbehalt. Wenn von vornherein feststeht, dass der Staat das Leben der Flugzeuginsassen nicht wird retten können, ist zumindest sehr fraglich, ob die ihnen gegenüber bestehende Schutzpflicht wirklich als zusätzlicher (die gegenläufigen Schutzpflichten neutralisierender) Abwägungsgesichtspunkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen darf.

Problematisch sind auch andere Abwägungsgesichtspunkte, die im Vorfeld der Entscheidung ventiliert wurden: Spielt es eine Rolle, dass sich die Flugzeuginsassen in Kenntnis der abstrakten Gefahren einer Flugzeugentführung auf die Reise begeben haben? Haben sie in den Abschuss mutmaßlich eingewilligt,¹² sind sie möglicherweise sogar „Teil der Waffe“ (*Epping*¹³)? Der Erste Senat hat die beiden letzten Fragen entschieden und überzeugend verneint:¹⁴ Die Annahme einer mutmaßlichen Einwil-

12 Vgl. *Hochbuth*, Militärische Bundesintervention bei inländischem Terrorakt, NZWehrR 2002, S. 154 (166 mit Fn. 44).

13 *Epping*, BT-Innenausschuss-Prot. 15/35, S. 58; vgl. auch *Robbers* (oben Fn. 10), S. 43.

14 Ebenso zuvor bereits *Kersten* (Fn. 11), S. 663.

ligung sei „ohne jeden realistischen Hintergrund“ und „höchst lebensfremd“. Die gedankliche Einordnung der Flugzeuginsassen in die Sphäre der Terroristen bringe „unverhohlen zum Ausdruck, dass die Insassen nicht mehr als Menschen wahrgenommen werden, [...] selbst verdinglicht werden. Mit der Vorstellung des GG von der Selbstbestimmung des Menschen lässt sich dies nicht vereinbaren“.¹⁵

dd) Der genaue Blick auf die Schutzwürdigkeit der Allgemeinheit

Ähnlich disparat wäre eine Anknüpfung an Eigenschaften und Merkmale derjenigen Personen und Rechtsgüter, die durch den Abschuss eines Flugzeugs gerettet werden sollen. Quantitativ ist hier z. T. angeführt worden, dass die Zahl der konkret gefährdeten Menschen am Boden die Zahl der Flugzeuginsassen i. d. R. deutlich übersteigt. Andererseits sind die Todesrisiken hier geringer. Das gilt schon objektiv; der 11. September hat gezeigt, dass sich nicht alle Flugzeuge in das von den Terroristen avisierte Ziel steuern lassen. Zu erörtern wäre in dieser Hinsicht auch die Frage, ob nicht eine Individualisierbarkeit des Risikos zu fordern wäre. Genügt die abstrakte Gefahr, dass es *irgendwo* zu einem Einschlag kommt, oder müsste man nicht – gerade angesichts der Tatsache, dass auf der anderen Seite Lebensgefahr für ganz konkrete, individuell bestimmte Insassen des Flugzeugs besteht – auch im Hinblick auf die Menschen am Boden eine Individualisierung fordern?

Zudem sind die subjektiven Defizite beträchtlich, das Risiko von Erkenntnisfehlern extrem hoch. Die Pilotenvereinigung Cockpit hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass es nahezu unmöglich ist, die Pläne der Flugzeugführer während des Fluges festzustellen und die Möglichkeit auszuschließen, dass es sich doch um einen Irrtum oder wenigstens um eine „normale“ Flugzeugführung mit dem Ziel einer Landung handelt.

b) Die Entscheidung des Ersten Senats

Alle diese Fragen, die sich im Rahmen einer isoliert am Maßstab des Rechts auf Leben (Art. 2 II S. 1 GG) auf der Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit gestellt hätten, hat das Bundesverfassungsgericht letztlich unbeantwortet gelassen. Für das Leben der unbeteiligten Flugzeuginsassen verstärkt das Gericht den traditionellen Schutz aus Art. 2 II S. 1 GG durch die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde; und daher konnte der Erste Senat seine Entscheidungsbegründung ganz anders strukturieren als die oben unter a) skizzierte isolierte Prüfung des Rechts auf Leben. Zur Begründung seines Menschenwürderekurses geht der Erste Senat empathisch von der Situation der Entführten aus:

„Passagiere und Besatzung [sind] typischerweise in einer für sie ausweglosen Lage. Sie können ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen. Dies macht sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 III LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer.

15 BVerfG, NJW 2006, 751 ff. = JZ 2006, 408 ff.

Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen“.¹⁶

Diese Subsumtion unter die von *Günter Dürig*¹⁷ und *Josef Wintrich*¹⁸ geprägte, in der Rechtsprechung des Gerichts fest verankerte Objektformel bildet den Kern der Entscheidung. Durch die Berufung auf die Menschenwürde der unschuldigen Flugzeuginsassen schneidet das BVerfG – ganz im Sinne der klassischen Dogmatik des Art. 1 I GG – den Weg zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Die oben skizzierten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in das Leben der unbeteiligten Flugzeuginsassen verlieren damit ihre Gültigkeit. Bei der Menschenwürde ist jedes Antasten, d. h. jeder Eingriff in den Schutzbereich nach neuerdings umstrittener, m. E. aber weiterhin vorzugswürdiger Ansicht kategorisch verfassungswidrig. Anders als bei den anderen Freiheitsrechten hat der Eingriff also nicht nur „Indizwirkung“. Vielmehr fehlt es von vornherein an der Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Dass der Erste Senat an dieser klassischen Dogmatik der Menschenwürde festgehalten hat, ist das zentrale Verdienst der Entscheidung. Natürlich muss damit äußerste Zurückhaltung bei der Formulierung des Schutzbereichs einhergehen. Das Gericht hat sie beim Handlungsstörer geübt, für die staatliche Tötung der übrigen Flugzeuginsassen die unbedingte Gewährleistung der Menschenwürde dagegen überzeugend aktiviert.¹⁹

II. Umgang mit tatsächlicher Ungewissheit und Handlungsrisiken

Oben wurde bereits auf das Problem unzureichender Erkenntnismöglichkeiten hingewiesen. Unabhängig davon besteht – selbst bei einer Beschränkung des Rettungseinsatzes auf ein Vorgehen gegen die Handlungsstörer – das Risiko von Kollateralschäden. Insgesamt stehen die von § 14 III LuftSiG zugelassenen Maßnahmen damit in mehrfacher Hinsicht unter den besonderen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das Grundgesetz den Risikoentscheidungen im Rechtsstaat setzt. Im präventiv-polizeilichen Bereich ist die Unterscheidung zwischen Gefahr und Störung Gegenstand vergleichsweise ausgefeilter Dogmatik; im Grundrechtsbereich verweist die Rechtsprechung zumeist – prozedural – auf die Einschätzungsprärogative des parlamentarischen Gesetzgebers, aber auch des Rechtsanwenders im Einzelfall. Zu Gunsten der

16 BVerfG, NJW 2006, 751 ff. = JZ 2006, 408 ff.

17 *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR Bd. 81 (= 42 n. F.), 1956, S. 117 (127 ff.); *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Erstkommentierung, Art. 1 I Rdnr. 28.

18 *Wintrich*, Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 1957, S. 137 (139); *ders.*, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 17 f.

19 Ebenso zuvor bereits *Baumann*, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?, DÖV 2004, S. 853; *Kersten* (Fn. 11).

Lebensrettung eines Opfers mag im Extremfall eine unvermeidliche Lebensgefährdung von Unbeteiligten möglich sein. Unzulässig ist aber die gezielte Tötung von Unbeteiligten zu Gunsten der Reduktion eines bloßen Risikos für das Leben Dritter.²⁰

Hingewiesen werden muss aber auch auf einen Gesichtspunkt, der im Anschluss an die strenge Linie des Bundesverfassungsgerichts Hervorhebung verdient: Durch die Unzulässigkeit eines staatlichen Abschusses entführter Flugzeuge, die als Waffen eingesetzt werden sollen, könnten Terroristen derartige Taten in der Zukunft tendenziell eher in Deutschland als in anderen westlichen Staaten versuchen. An dem kategorischen verfassungsrechtlichen Verbot einer gezielten staatlichen Tötung Unschuldiger ändert das nichts. Zu fragen wäre aber, ob nicht gerade deshalb die staatlichen Schutzpflichten einer Verstärkung bedürfen: Muss ein staatlicher Normgeber, dem bestimmte Handlungsmöglichkeiten von Verfassungs wegen abgeschnitten sind, die ausländischen Normgebern teilweise offen stehen, unter den Bedingungen offener Staatlichkeit dieses Manko durch besondere Sorgfalt an anderer Stelle ausgleichen, damit die Verfassungsentscheidung zugunsten eines hohen Individualrechtsschutzes nicht faktisch dessen Gegenteil herbeiführt?

Denkbar sind etwa gesetzliche Verpflichtungen der Fluggesellschaften und/oder Flughafenbetreiber, Fluggäste und Luftgepäck vor dem Abflug besonders streng zu kontrollieren, für eine wirkungsvolle Verriegelung von Cockpit-Türen²¹ zu sorgen oder Fernsteuerungen in Flugzeuge einzubauen, die für den Fall einer Entführung aktiviert werden.

Es ginge zu weit, derartige Handlungsoptionen als Verfassungsgebote auszugeben. Sie sind aber andererseits mehr als nur rechtspolitische Desiderate. Vielmehr können sie – integriert in die bestehende Schutzpflichtendogmatik – zu auslegungs- und abwägungsleitenden Gesichtspunkten werden, die namentlich bei der Anwendung der §§ 7 ff. LuftSiG Bedeutung erlangen.

III. Verfassungskonforme Auslegung

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des § 14 III LuftSiG keineswegs nur den Abschuss von Flugzeugen gestattet hat, in denen sich auch unbeteiligte Dritte (Besatzungsmitglieder, unschuldige Passagiere) befinden. Vielmehr war der Wortlaut offen und deckte auch Fälle ab, die materiell mit den Grundrechten und der Unantastbarkeit der Menschenwürde in Einklang standen (nur von Terroristen besetzte Flugzeuge). Daher bot sich die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung. Nach dem bisher Gesagten hätte die Norm also nicht verworfen werden dürfen; das Bundesverfassungsgericht hätte die Verfassungsbeschwerden vielmehr als unbegründet zurückweisen müssen.²² Es hätte allenfalls in einem *obiter dictum* klar-

20 Ebenso Kersten (Fn. 11), S. 663.

21 Ebd., S. 663.

22 Dies die zentrale Aussage von Kersten (Fn. 11), S. 663.

stellen dürfen, dass die Anwendung von § 14 III LuftSiG nicht zur Tötung Unschuldiger führen durfte.

Dass das Bundesverfassungsgericht die angegriffene Vorschrift des § 14 III LuftSiG gleichwohl nicht gehalten hat, lag denn auch nicht an genuin grundrechtlichen Bedenken. Der tragende Grund hierfür lag vielmehr im Mangel einer Verbandskompetenz des Bundes für den Erlass dieser Norm.²³

IV. Würdigung

Die vorstehende Analyse hat bereits gezeigt, dass die grundrechtlichen Aspekte der Entscheidung des Ersten Senats inhaltlich Zustimmung verdienen. Dem steht nicht entgegen, dass es in der Entscheidung auf alle diese Fragen – streng genommen – nicht ankam, weil der tragende Grund für die Verfassungswidrigkeit von § 14 III LuftSiG das Fehlen einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes war. Dass der Senat trotzdem ausführlich auf die grundrechtlichen Fragen eingegangen ist, lässt sich mit politischen Erwartungen an das Verfahren nicht ausreichend, jedenfalls nicht zufriedenstellend erklären. Der Schlüssel zum Verständnis der Entscheidung liegt möglicherweise an anderer Stelle. In der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts haben *obiter dicta* stets ein besonderes kommunikatives Gewicht, legen Fundamente des Rechts offen, die über den Tag hinaus Geltung beanspruchen. Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung beschränkt sich deshalb nicht auf die Feststellung, dass die Rechtsordnung einer präventiven staatlichen Tötung Unschuldiger selbst für den Fall entgegen steht, dass dadurch eine ungleich größere Zahl anderer Unschuldiger gerettet werden könnte.²⁴ Sie erschöpft sich auch nicht darin, dass das Urteil die Grenzen zwischen dem einfachen Gesetzesvorbehalt und dem jeder gesetzlichen Einschränkung unzugänglichen Menschenwürdekern des Lebensrechts konkretisiert hat, indem als *differentia specifica* die Möglichkeit des Einzelnen eingeführt wird, die gezielte staatliche Tötungshandlung durch sein eigenes Handeln abwenden zu können. Alles dies sind wichtige Erkenntnisse, die auch bleibende Gültigkeit beanspruchen können.

Aber tragen sie das groß angelegte *obiter dictum*? Was sagt der Subtext? Das Bundesverfassungsgericht trifft mit der Entscheidung nicht nur eine Entscheidung innerhalb des Subsystems Rechtsordnung, sondern greift – typisch für den Prüfungsmaßstab Menschenwürde – zugleich darüber hinaus, indem es die Außergrenzen der Rechtsordnung beschreibt. Der Regensburger Rechtsphilosoph *Michael Pawlik* hat zwischen der Dogmatik der Normallage und der Dogmatik der Grenzsituation unterschieden.²⁵ Normallage sind Fälle, in denen das Recht seine Steuerungsfähigkeit unangefochten beweisen kann, weil der Staat aus objektiver Distanz handeln und seine Setzungen auch mit hinnehmbaren Rechtsdurchsetzungskosten exekutieren kann.

23 Vgl. die Nachweise oben Fn. 3.

24 Wie hier *Kersten* (Fn. 11), S. 663.

25 *Pawlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, S. 1045 ff.

Die Grenzsituation geht in die Richtung des Ausnahmezustands im Sinne *Carl Schmitts*: die Lage, in der der Staat oder zumindest seine Funktionsträger selber ins Wanken geraten; die Lage, in der das äußere Staatshandeln auch deshalb in Frage gestellt ist, weil die Möglichkeit in greifbare Nähe rückt, dass Amtsträger eine Befehlsverweigerung begehen – und dies aus Gründen, die nicht nur menschlich nahe liegen, sondern gerade auch verfassungsrechtlich billigenwert sind.

Pawlik selber scheint dazu zu tendieren, Fälle nach Art des 11. Septembers bereits im Bereich der Grenzsituation zu verorten. Hier löst sich der Staat aus seiner rechtsstaatlichen Innenbindung der Normallage und nimmt den äußeren, d. h. das Grundverhältnis antastenden Feind in den Blick. Der Staat verlangt Einzelnen das Opfer ihres Lebens ab, wie er es auch in bestimmten Fällen des Art. 20 IV GG erlaubt. Die Aufopferung einzelner Leben um der Wehrhaftigkeit des Ganzen willen sieht *Pawlik* als staatsphilosophisch zumindest vertretbar an. Ihm schwebt ein Modell des Gesellschaftsvertrags vor, in dem der Einzelne (übrigens nicht nur der Bürger, sondern bei anderweitiger Inanspruchnahme staatlichen Schutzes auch der Fremde) prinzipiell damit einverstanden sein muss, dass er dem Staat sein Leben überlässt, wenn sich anders dessen Existenz und verfassungsrechtliche Identität nicht sichern lässt. *Pawlik* knüpft dies u. a. an die Voraussetzung, dass der Staat die Hinterbliebenen entschädigt, und postuliert weitere Voraussetzungen, die im Fall des bisherigen § 14 LuftSiG allesamt nicht erfüllt waren, die sich aufgrund tatsächlicher Schwierigkeiten (v. a. einer genügend raschen und sicheren Sachverhaltsermittlung) möglicherweise auch nie angemessen in Gesetzesform gießen lassen. Aber immerhin: *Pawlik* hält die Tötung Unschuldiger in der Dogmatik der Grenzsituation für prinzipiell zulässig.

Kann der Verfassungsrechtler diesem Ansatz folgen? Soweit *Pawlik* ihn *verfassungsrechtlich* zu fundieren sucht (insbesondere im Rückgriff auf Art. 20 IV GG), ist die Frage m. E. klar zu verneinen: Der Tatbestand des Art. 20 IV GG wäre selbst bei einem deutschen 11. September nicht erfüllt, und auch seine Rechtsfolgen passen nicht, weil sie den Staatsbürger, aber gerade nicht den Staat und seine Amtsträger berechtigen. Hilflöser steht der Verfassungsjurist dagegen den Einwänden des *Rechtsphilosophen* gegenüber. Dieser verwendet außerrechtliche Maßstäbe, die er ins Rechtliche zu kehren sucht. Dies geschieht aber gerade am positiven Recht *vorbei*, im Ergebnis sogar *gegen* das positive Recht. Damit verlagert sich die Auseinandersetzung auf zwei Felder:

- Erstens ist die klassische Frage nach einer Korrektur des positiven durch das überpositive Recht zu beantworten.
- Wenn dieser erste Schritt einen Primat des überpositiven Rechts ergibt, ist – immanently – nach der rechtsphilosophischen Richtigkeit dieses Aufopferungsgedankens zu fragen.

Vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Unrechts ist das Naturrecht in der Diskussion um den Tyrannenmord herangezogen worden, um Durchbrechungen des staatlichen Tötungsverbots zu begründen. Hier richtet sich das Naturrecht gegen die Obrigkeit, die das Instrumentarium des positiven Rechts missbraucht, um Unrecht zu tun. Im Fall des Luftsicherheitsgesetzes wäre es umgekehrt: Hier würde sich nicht der Einzelne gegen den Staat auf das Naturrecht berufen, sondern der Staat

gegen den Einzelnen. Kann der Staat sich von der eigenen Rechtsordnung lossagen, seine Amtsträger – entgegen dem rechtsstaatlichen Grundversprechen, er werde ihnen nur rechtmäßige Befehle erteilen – zum Verstoß gegen das positive Recht auffordern? Schon das ist zweifelhaft. Man könnte darin sogar eine Verlagerung der Souveränität vom Staatsvolk auf den Staat sehen.

Jedenfalls die zweite Stufe ist kaum zu überwinden. Innerhalb des Subsystems Philosophie steht man vor der Alternative „Fatalismus oder Utilitarismus?“²⁶ Hier mag sich der Philosoph nach reiflicher Überlegung für den utilitaristischen Weg entscheiden. Darin liegt aber immer eine *Entscheidung*. Eine interpersonal zwingende Begründung im Sinne einer Deduktion aus voraussetzungsarmen, staatsrechtlich anschlussfähigen Grundsätzen ist aber nicht möglich. Nicht ausreichend sind insbesondere axiomatische Formeln wie „Der Staat muss handeln. Der Staat kann nicht untätig bleiben“.²⁷ Sie laufen letztlich darauf hinaus, dass eine Rechtsgutsverletzung durch Unterlassen rechtlich und/oder ethisch missbilligenswerter wäre als eine Rechtsgutsverletzung durch aktives Tun. Diese These ist – vorsichtig formuliert – nur schwer zu begründen.

Das Gegenteil ist richtig. Der Staat muss sich begrenzen, darf dem fremden Unrecht kein zusätzliches eigenes entgegensetzen. Der starke Staat ist der zurückhaltende Staat. In diesem (untechnischen) Sinne ist souverän, wer den Ausnahmezustand *nicht* beherrscht. Darin liegt kein Fatalismus, sondern das spezifisch abendländische Wissen um eigene Grenzen, um die existenzielle Ohnmacht des Menschen gegenüber fremder Schuld. In dieser spezifischen Zurückhaltung beim Gebrauch des Gewaltmonopols liegt rechtsstaatliche Leitkultur. Die Verfassungsordnung des Grundgesetzes drängt niemandem den Heldentod auf, achtet das Leben und die Freiheit des Einzelnen auch im Angesicht des Todes. In diesem antikollektivistischen Zug zeigt sich letztlich die besondere Stärke dessen, der Unrecht erleidet. Diese Selbstbegrenzung der Rechtsordnung wird zum Identitätsgewinn des freiheitlichen Staates.

26 Vgl. *M. Baldus*, Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum, NVwZ 2004, S. 1278; *Kersten* (Fn. 11), S. 661.

27 So aber *M. Baldus* (Fn. 25), S. 1278 f.