

# Kommentare

Wolfgang Hecker

## Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz\*

### I.

Mit dem Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) aus dem Jahre 2004<sup>1</sup> sollte den Herausforderungen Rechnung getragen werden, die sich nach dem 11. September 2001 (und dem weiteren Vorfall eines über der Stadt Frankfurt kreisenden entführten Sportflugzeugs) stellten. Das Gesetz, das mit der Mehrheit der die damalige Regierungskoalition tragenden Parlamentsmehrheit beschlossen wurde,<sup>2</sup> war von Anfang an rechtspolitisch und verfassungsrechtlich umstritten. Der Bundespräsident hatte das LuftSiG unterzeichnet, jedoch selbst eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der Kernbestimmung des § 14 Abs. 3 LuftSiG angemahnt. Mit der Regelung des § 14 Abs. 3 LuftSiG sollte es ermöglicht werden, im Extremfall ein entführtes Luftfahrzeug, das als Angriffswaffe missbraucht wird, mit militärischen Mitteln durch die Streitkräfte abzuschießen. Dabei sollte die gezielte staatliche Tötung nicht nur der Entführer, sondern auch der Opfer an Bord des entführten Luftfahrzeugs zugelassen werden, wenn dies im Interesse des Schutzes der Wohnbevölkerung für zwingend geboten erachtet wird.<sup>3</sup> Rechtspolitisch erweiterte das LuftSiG den polizeilichen finalen Rettungsschuss gegenüber den Verursachern einer Gefahr um den »Rettungsabschuss« durch die Streitkräfte.

### II.

In der Diskussion über das LuftSiG ging es im Wesentlichen um zwei Gesichtspunkte. Der erste Punkt betraf die Frage, ob das Grundgesetz einen entsprechenden Bundeswehreinsatz mit militärischen Waffen im Innern zwecks Abwehr von Gefahren für den Luftverkehr zulässt. Auf der anderen Seite ging es um die Frage, inwieweit ein entsprechender »Rettungsabschuss« mit den Grundrechten insbesondere der Opfer einer Flugzeugentführung vereinbar ist. Im Vordergrund der Debatte standen in erster Linie der zulässige Umfang und die Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr zwecks Abwehr von Gefahren für den Luftverkehr. Der grundrechtliche Aspekt wurde demgegenüber deutlich weniger behandelt. Diese unterschiedliche Behandlung zeigte sich sowohl in der

\* Urteil des Ersten Senats v. 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 – NJW 2006, 751 ff.

<sup>1</sup> Beschlossen am 18.6.2004 im Bundestag, der Einspruch des Bundesrats wurde am 24.9.2004 zurückgewiesen. Inkraftgetreten als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben v. 11.1.2005 (BGBl. I, 78) am 15.1.2005.

<sup>2</sup> Zur Entstehung des LuftSiG näher Kersten, NVwZ 2004, 661 f.; Hartleb, NJW 2005, 1397.

<sup>3</sup> § 14 Abs. 3 LuftSiG: »Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, 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.«

rechtspolitischen wie auch in der fachwissenschaftlichen Debatte. Für die damalige politische Opposition ging es vor allem um die Frage, ob der Bund mit dem Bundeswehreininsatz ohne Grundgesetzänderung in unzulässiger Weise in die Kompetenzen der Länder eingreift. Dagegen spielte für die CDU/CSU die Frage der Grundrechte der Opfer eines entführten Luftfahrzeugs keine wesentliche Rolle. Allein die FDP und die PDS, teilweise auch Vertreter von Bündnis 90/Die Grünen stellten hier kritische Fragen. Insgesamt wurde die Debatte stark auf einen Bund-Länder-Streit verkürzt dahingehend geführt, ob ein entsprechender Bundeswehreininsatz nur mit oder auch ohne Grundgesetzänderung zulässig ist.

### III.

Der vom LuftSiG vorgesehene Einsatz der Bundeswehr für einen Abschuss entführter Luftfahrzeuge zwecks Gefahrenabwehr stand evident im Widerspruch zu der grundgesetzlichen Begrenzung von Bundeswehreinrätzen. Der zunächst nur für den Fall der Außenverteidigung vorgesehene Einsatz der Bundeswehr wurde im Zuge der Notstandsgesetzgebung um einen strikt begrenzten Einsatz im Innern erweitert. Diese Begrenzung wurde in Art. 87a Abs. 2 GG deutlich zum Ausdruck gebracht. Danach darf ein Einsatz der Streitkräfte außer zur Verteidigung nur erfolgen, »soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt«. Der grundgesetzliche Begriff der Verteidigung ist streng auf herkömmliche Bedrohungen durch äußere Bedrohungsfaktoren begrenzt. Neueren rechtspolitischen Interpretationen, für die der Begriff Verteidigung die Wahrung der Sicherheit der Bundesrepublik umfasst, wie und wo auch immer diese bedroht ist, kommt für die verfassungsrechtliche Interpretation zu Art. 87a GG keinerlei Bedeutung zu, da hier der Begriff der Verteidigung gerade umgekehrt eine wichtige tatbestandliche Eingrenzungsfunktion besitzt.<sup>4</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dazu bereits in früheren Entscheidungen festgestellt, dass im Zusammenhang mit Bestimmungen des Grundgesetzes zum Streitkräfteinsatz das »Gebot strikter Texttreue«<sup>5</sup> gilt, um den Einsatz der Streitkräfte im Innern gemäß der Regelung des Grundgesetzes zu begrenzen. Auf der Grundlage dieser Regelung unterscheidet das Grundgesetz nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte klar zwischen zwei Fällen. Die Streitkräfte können nach Art. 87a Abs. 4 GG unter besonderen Voraussetzungen im Falle einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes zur Unterstützung der Polizei und des Bundesgrenzschutzes beim Schutz von zivilen Objekten und der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer eingesetzt werden. Nur an dieser Stelle lässt das Grundgesetz einen Kampfeinsatz der Streitkräfte zu. Ausdrücklich gesondert geregelt wurde in Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG die Möglichkeit, dass ein Land

4 Dazu näher Kutscha, KJ 2004, 228 ff., auch zur Frage der Auslandseinsätze der Bundeswehr; ders., NVwZ 2004, 801 (804); Melzer/Haslach/Socher, NVwZ 2005, 1361 (1362 f.); Hase, DÖV 2006, 212 (214 f.).

5 BVerfGE 90, 286 (356 f.); zur Diskussion dazu Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (439); Schmidt-Jortzig, DÖV 2002, S. 773 (775); der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seiner Entscheidung zu Auslandseinsätzen, BVerfG, NJW 1994, 2207, dieses Gebot bei fragwürdiger Auslegung des Art. 24 GG als von Anfang an im Grundgesetz bestehender Vorbehalt zu dem später eingefügten Art. 87a GG allerdings gerade missachtet, dazu Kutscha, KJ 2004, 228 (232, 234) und die Feststellung von Müller, F.A.Z. v. 16.2.2006, 1, dass bis zu der Awacs-Entscheidung 1994 »eine solche Umdeutung der außenpolitischen Tradition und Rechtspraxis der Bundesrepublik ohne eine Grundgesetzänderung schwerlich vorstellbar« war. Für Inlandseinsätze ist das Gebot der notwendigen strikten Texttreue allerdings unumstritten, so dass vereinzelte Erwartungen auf eine entsprechende Uminterpretation des Grundgesetzes zu Fragen des Bundeswehreinrätzes im Innern nicht begründet waren.

Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte anfordern kann. In Erweiterung dieser Regelung sieht Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG vor, dass die Bundesregierung einer Landesregierung die Weisung erteilen kann, Polizeikräfte anderen Ländern zur Verfügung zu stellen sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einzusetzen, wenn eine Naturkatastrophe oder ein Unglücksfall mehr als ein Land gefährdet. In beiden Regelungen geht es nicht um einen Kampfeinsatz wie im Fall des Art. 87a Abs. 4 GG gegen Aufständische. Vielmehr sind Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte so zu verstehen, dass hier eine Unterstützung der Länder nur bei Katastrophen- und schweren Unglücksfällen stattfinden darf. Selbst wenn auch ein vorsätzlicher terroristischer Anschlag unter den Begriff des schweren Unglücksfalls subsumiert wird,<sup>6</sup> ist ein Einsatz militärischer Waffen wie beim Abschuss eines Luftfahrzeugs ausgeschlossen. Die Bekämpfung der Verantwortlichen bei einem terroristischen Anschlag liegt bereits deshalb grundsätzlich außerhalb des Regelungsbereichs des Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG. Art. 87a Abs. 4 GG enthält eine abschließende Regelung, soweit es um einen bewaffneten Angriff im Innern geht, erfasst allerdings nur die klassischen Fälle einer Auseinandersetzung zur Abwehr einer Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. In jedem Fall ist aber auf der Grundlage des Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG ein militärischer Waffeneinsatz auch deshalb ausgeschlossen, weil die Streitkräfte nach diesen Bestimmungen die Länder nur unterstützen.<sup>7</sup> Das Grundgesetz selbst regelt zwar nicht ausdrücklich, ob für das Handeln von Bundesbehörden, die zur Unterstützung der Länder herangezogen werden, das Bundes- oder Landesrecht Anwendung findet. Aus der bloßen Unterstützungsfunktion des Streitkräfteeinsatzes für die Länder folgt nach h. M. aber eindeutig, dass der Einsatz sich nach fachlichen Weisungen der Länder und ausschließlich nach Landesrecht richtet.<sup>8</sup> Der Einsatz militärischer Mittel wie bei einem Flugzeugabschuss ist aber den Landesgesetzen zur Gefahrenabwehr völlig fremd. Der Bund kann deshalb auf der Grundlage der bestehenden Regelung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG mangels Kompetenzgrundlage keinen erweiterten Streitkräfteeinsatz mit militärischen Mitteln zulassen. Demgegenüber sah das LuftSiG in § 14 Abs. 1 LuftSiG vor, dass sich die Unterstützungsmaßnahmen nach dem LuftSiG richten, und konkretisierte dies in der Regelung des § 14 Abs. 3 LuftSiG mit der im Landesrecht der Gefahrenabwehr nicht vorgesehenen Möglichkeit

6 Dies wurde vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht in der Literatur stark bezweifelt, vgl. dazu Fischer, JZ 2004, 376 (381 f.); auch der Präsident des Bundesverfassungsgericht äußerte insoweit Bedenken, F.A. Z. v. 22.2.2003; a. A. Martinez Soria, DVBl. 2004, 597 (602).

7 A. A. dagegen Baldus, NVwZ 2004, 1278 (1284) bei jeglicher Missachtung der grundgesetzlichen Eingrenzung des Handelns der Streitkräfte.

8 So die ganz überwiegende h. M. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 35 Rn. 18; Gubelt, in: v. Münch (Hrsg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 35 Rn. 28; Erguth, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 35 Rn. 40; Hase, in: Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001 ff., Art. 35, Abs. 2, 3 Rn 1; ders., DÖV 2006, 212 (218); Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2004, Art. 35 Rn. 7; Martinez Soria, DVBl 2004, 597 (601); Sittard/Ulbrich, Jus 2005, 432 (434); Linke hat in seiner eingehenden Untersuchung zutreffend prognostiziert, dass insbesondere die Geltung des Landesrechts für das LuftSiG problematisch werden dürfte, AöR 2004, 489 (522); ders., DÖV 2003, 890 (894); Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (438 ff., 443); Kutscha, KJ 2004, 228 (240); Kring/Burciczak, DÖV 2002, 501 (510 ff.); Fischer, JZ 2004, 376 (382); a. A. und völlig unkritisch zu allen relevanten Fragen Wiefelspütz, Die Polizei 2003, 301 (305 f.); Baldus, NVwZ 2004, 1278 (1284); Melzer/Haslach/Socher, NVwZ 2005, 1361 (1363 f.) übergehen diese Problematik völlig; zur umstrittenen Qualifikation der Regelung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG als Amtshilfe näher Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1288) m.w.N.

des Abschusses eines Luftfahrzeugs mit militärischen Waffen.<sup>9</sup> In der Literatur war die Problematik der Bindung des Bundes an das Landesrecht im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG als Kernpunkt des Streits erkannt und eingehend behandelt worden.

Die Auffassung der Bindung von Unterstützungshandlungen des Bundes an das Landesrecht wird von der ganz überwiegenden Meinung auch zu Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG vertreten.<sup>10</sup> Da der Bund im Falle des Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG aber ein Weisungsrecht gegenüber den Ländern besitzt und damit eine selbständige Anordnungsbefugnis des Bundes besteht, wird hier etwas stärker als zu Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG die Auffassung vertreten, dass sich ein Unterstützungseinsatz nach dieser Bestimmung nach Bundesrecht und nicht nach Landesrecht richtet.<sup>11</sup> Da danach die Bindung an das Landesrecht entfällt, sollen nach teilweise vertretener Auffassung auch keine Bedenken gegen den bundesgesetzlich angeordneten Einsatz von militärischen Waffen bestehen.<sup>12</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat die in weiten Teilen der Literatur geäußerten kritischen Einwände gegenüber dem Streitkräfteeinsatz nach dem LuftSiG in seiner Entscheidung in vollem Umfang bestätigt.<sup>13</sup> Die Entscheidung kommt nach eingehender Auseinandersetzung mit Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte von Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG zu dem Ergebnis, dass diese Vorschriften einen Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifischen militärischen Waffen bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nicht erlauben. Besondere Bedeutung kommt dabei für das Gericht neben dem Wortlaut<sup>14</sup> der einschlägigen Bestimmungen der Entstehungsgeschichte der grundgesetzlichen Regelungen zum Streitkräfteeinsatz zu.<sup>15</sup> Der Versuch einer Ableitung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 6 GG (Luftverkehr) wird vom Bundesverfassungsgericht bereits grundsätzlich für nicht tragfähig erachtet, da die Regelungen des LuftSiG ausschließlich auf Unterstützungshandlungen durch die Streitkräfte für die Länder abzielen. Die Kompetenzen des Bundes können deshalb im vorliegenden Zusammenhang ausschließlich über Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt werden und nicht über die allgemeine Kompetenz des Bundes für

9 Der Bund wich damit auch von der bislang in anderen Bereichen bestehenden Konstruktion ab. Denn für den Bundesgrenzschutz ist auch ausdrücklich einfachgesetzlich vorgesehen, dass sich Unterstützungshandlungen gegenüber den Ländern nach Landesrecht richten (§ 11 Abs. 2 S. 1 i. V. mit § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BundespolizeiG), dazu Heesen/Hönle/Peilert, BGSZ, 4. Aufl. 2002, Rn. 4 f.; Nach der im LuftSiG gewählten Lösung hätten auch hier völlig neue bundesrechtliche Einsatzgrundlagen geschaffen werden müssen, dazu Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1289).

10 Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1289 f.); Gubelt (Fn. 8), Art. 35 Rn. 30; Hömig, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 35 Rn. 10; Martínez Soria, DVBl 2004, 597 (603); Klein, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), HbStR VII, 1992, § 169 Rn. 32; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Fn. 8), Art. 35 Rn. 8; Hase, DÖV 2006, 212 (218).

11 Erbguth (Fn. 8), Art. 35 Rn. 41; Sittard/Ulbrich, JuS 2005, 432 (434); Hase (Fn. 8), Art. 35 Rn. 9 bejaht zwar eine Bundeskompetenz, die aber das landesrechtliche Weisungsrecht gegenüber den Unterstützungskräften nicht außer Kraft setzt, und geht zu dieser Diskussion noch von dem früheren Sachstand aus, nach dem der Schwerpunkt von Bundeswehreinätzen im Rahmen des Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG nicht bei Eingriffsmaßnahmen polizeilichen Charakters liegt, sondern bei technischen Hilfeleistungen, die keine Eingriffsgrundlage erfordern.

12 Sittard/Ulbrich, JuS 2005, 432 (434) im Rahmen einer Klausurbesprechung zum LuftSiG bei fragwürdiger Anwendung der teleologischen Auslegung (Rettungszweck) im vorliegenden Sachzusammenhang zu Lasten der grundgesetzlichen Begrenzung von Bundeswehreinätzen.

13 Bundesverfassungsgericht, NJW 2006, 751 (754 Rz. 86 ff.).

14 Bestätigt wird gerade auch bezogen auf Art. 87a Abs. 2 GG das Gebot strikter Texttreue, Bundesverfassungsgericht, NJW 2006, 751 (754 Rz. 93).

15 Bundesverfassungsgericht, NJW 2006, 751 (754 Rz. 93, 100, 109 und 757 Rz. 117).

den Luftverkehr gemäß Art. 73 Nr. 6 GG.<sup>16</sup> Das Bundesverfassungsgericht bestätigt in diesem Zusammenhang die Auffassung der h. M. in der Literatur, nach der sich der Umfang zulässiger Unterstützungshandlungen des Bundes im Rahmen von Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG nach Landesrecht richtet.<sup>17</sup>

Das Bundesverfassungsgericht verneint auch die Möglichkeit einer Bezugnahme auf Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG bei der Begründung der Zulässigkeit eines Rettungsabfluges. Denn auch hier gelte die grundgesetzliche Begrenzung des Handelns des Bundes, da es auch bei Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG um Unterstützungshandlungen gehe, für die eine Bindung an die Landesaufgaben und damit die Unzulässigkeit des Einsatzes militärischer Waffen zum Abschuss eines Luftfahrzeugs bestehe. Die Argumentation der Bundesregierung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ging demgegenüber genau in die entgegengesetzte Richtung. Ein Einsatz des Bundes zur Unterstützung der Länder bei der polizeilichen Gefahrenbekämpfung im Rahmen der Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 35 Abs. 3 GG auch mit militärischen Waffen wurde hier für zulässig erachtet, da bei derartigen Unterstützungshandlungen eine Begrenzung auf das Landesrecht der Gefahrenabwehr verneint wurde.<sup>18</sup> Letztlich lag der Argumentation der Bundesregierung der im Ergebnis erfolglose Versuch zu Grunde, die klare Grenzziehung des Grundgesetzes für einen Einsatz der Streitkräfte, wie er im Zuge der Einführung der Notstandsverfassung abgesteckt wurde, zu unterlaufen. Der Bundestag hat diese fragwürdige Argumentation in seiner Stellungnahme ebenfalls vertreten. Die Geltendmachung der evidenten Einwände haben Bundestag und Bundesregierung vielmehr der bayerischen und der hessischen Landesregierung überlassen,<sup>19</sup> deren Argumente im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sich insoweit in vollem Umfang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts decken.<sup>20</sup> Der Bund hat hier im Ergebnis erfolglos versucht, in nachhaltig grundgesetzwidriger Weise Länderkompetenzen zu überspielen.<sup>21</sup> Insoweit beinhaltet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum LuftSiG, die im Gegensatz zu zahlreichen Entscheidungen der letzten Zeit zu Bundesgesetzen ohne Sondervotum erging, auch ein deutliches Urteil über das Ausmaß der rechtspolitischen Verirrungen der damaligen Bundesregierung zu Fragen der Kompetenzen des Bundes. In der Sache geht es dabei um die Verwischung der herkömmlichen Grenzen zwischen Militär und Polizei, zwischen äußerer und innerer Sicherheit, zwischen dem Recht der Gefahrenabwehr<sup>22</sup> und dem neuen »Bekämpfungsrecht«.<sup>23</sup> Die Durchbrechung der klassischen Grenzziehung zwischen Militär und Polizei und den damit verbundenen unterschiedlichen Bundes- und Landeskompetenzen im Sinne eines neuen Verständnisses von »Verteidigung«<sup>24</sup> stößt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf deutliche verfassungsrechtliche Grenzen.

16 Bundesverfassungsgericht, NJW 2006, 751 (754 Rz. 91 ff.); dazu kritisch Schenke, NJW 2006, 736 (737), nach dem sachlich eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes bejaht werden konnte, und das Bundesverfassungsgericht die Frage der Gesetzgebungskompetenz nicht überzeugend mit der Frage der Verwaltungskompetenzen in Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG verknüpft hat.

17 BVerfG, NJW 2006, 751 (755 ff. Rz. 106 ff., 110 ff.).

18 BVerfG, NJW 2006, 751 Rz. 59 (nicht abgedruckt in NJW 2006, 751 ff.).

19 Vgl. zur Argumentation von Bundestag, Bundesregierung sowie hessischer und bayerischer Landesregierung die zusammenfassende Darstellung in der Entscheidung des BVerfG, Rz. 15 ff., Rz. 44 ff.

20 BVerfG, Rz. 63 (nicht abgedruckt in NJW 2006, 751 ff.).

21 Kersten, NVwZ 2005, 661 (663).

22 Denninger, KJ 2005, 359 (367); Kutscha, KJ 2004, 228 (239 f.); Hase, DÖV 2006, 212 (215 f.)

23 Dazu eingehend Frankenberger, KJ 2005, 370 ff.

24 Dazu allgemein eingehend Kutscha, KJ 2004, 228 ff.

Die Anwendung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG scheidet nach einer in weiten Teilen der Literatur vertretenen Auffassung allerdings nicht erst an der Frage des Einsatzes spezifischer militärischer Waffen, sondern bereits an der Voraussetzung eines schweren Unglücksfalls. Zwar stellt ein schwerer Terrorakt einen schweren Unglücksfall im Sinne des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG dar. Dessen Verhinderung ist nach der grundgesetzlichen Abgrenzung zwischen den Aufgaben von Streitkräften und Polizei aber generell nicht Aufgabe der Streitkräfte, sondern ausschließlich der Polizei. Die Streitkräfte können erst subsidiär zur Bewältigung eines eingetretenen Unglücksfalls herangezogen werden.<sup>25</sup> Dies folgt aus dem eindeutigen Wortlaut und Zweck des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG im Sinne der grundgesetzlichen Aufgabentrennung zwischen Streitkräften und Polizei. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hätte die Verwendung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG für einen Rettungsabschuss insoweit mit guten Argumenten bereits daran scheitern lassen können, dass ein schwerer Unglücksfall oder zumindest die spezielle Anwendbarkeit auf die Bekämpfung eines terroristischen Anschlags schon von vornherein verneint wird, und nicht erst auf Grund der Unzulässigkeit der Anwendung militärischer Waffen zum Abschuss eines Luftfahrzeugs. Bei Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG ist bereits zweifelhaft, ob die Anwendbarkeit nicht bereits daran scheitert, dass hier eine kumulative Bedrohung mehrerer Länder vorliegen muss, und eine alternative Bedrohung des einen oder des anderen Landes nicht reicht.<sup>26</sup>

#### IV.

Rechtspolitisch weit bedeutsamer als die ohnehin frühzeitig erkennbare evidente Verletzung von Kompetenzen der Länder durch das LuftSiG war der grundrechtliche Aspekt des Verfahrens. Bundesregierung und Bundestag<sup>27</sup> vertraten die Auffassung, dass mit dem LuftSiG eine Konfliktsituation geregelt werde, bei der das Lebensrecht der Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs im Konflikt mit dem Lebensrecht der von einem gezielt herbeigeführten Absturz bedrohten Bevölkerung steht. In dieser Situation müsse der Staat nach pflichtgemäßem Ermessen eine Entscheidung treffen können, bei der dem Abwehrrecht der Passagiere aus der Gewährleistung des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG keine generelle Präferenz gegenüber der Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens der Bevölkerung zukommen könne. Wenn höchste Gewissheit bestehe, dass ein entsprechender Unglücksfall unmittelbar bevorstehe, werde mit der Entscheidung für einen Abschuss eines Luftfahrzeugs auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG verstoßen.<sup>28</sup> Auch ein Verstoß gegen die Menschenwürde liege nicht

<sup>25</sup> Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (440 f.) m.w. N. auch zu den Gegenstimmen; Wilkesmann, NVwZ 2002, 1316 (1321); Hase, DÖV 2006, 212 (216) weist zutreffend darauf hin, dass die Zuordnung eines Rettungsabschusses zu Hilfeleistungen im Rahmen von Art. 35 Abs. 2, 3 GG bereits grundsätzlich ein »wirklicher verquerer Gedanke« ist.

<sup>26</sup> Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1289); auch die weiteren Zuständigkeitsregelungen für den Streitkräfteeinsatz nach dem LuftSiG für die Streitkräfte werfen verfassungsrechtliche Fragen auf, zur vorgesehenen Zuständigkeit des Bundesverteidigungsministers oder seines Vertreters gemäß § 13 Abs. 3 S. 2 und 3 LuftSiG entgegen Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG, BVerfG, Rz. 113 ff.; allgemein dazu Schoch, Der Staat 2004, 348 (352); Martínez Soria, DVBl. 2004, 597 (605), auf diese Fragen wird hier nicht näher eingegangen.

<sup>27</sup> Die hessische und die bayerische Landesregierung beschränkten sich in ihrer Stellungnahme auf die Kompetenzfrage, wiesen nur vorsorglich darauf hin, dass sie die Auffassung der Beschwerdeführer nicht teilen, wonach es Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG schlechthin ausschließe, zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalls auch Waffengewalt gegen ein entführtes Passagierflugzeug anzuwenden.

<sup>28</sup> So auch Odenthal, Die Verwaltung, 2005, 425 (447 ff.).

vor, weil die staatliche Maßnahme allein deshalb erfolge, weil die Insassen – wenn auch gegen ihren Willen – Teil einer Waffe seien, die das Leben anderer bedrohe.<sup>29</sup> Die Flugzeuginsassen müssten sich im Übrigen heutzutage der Gefahr bewusst sein, die allgemein mit der Nutzung von Luftfahrzeugen verbunden sei.<sup>30</sup> In einer entsprechenden Extremsituation sei das Leben der Passagiere ohnehin nicht mehr zu retten, da sie dem Tode geweiht seien.<sup>31</sup>

Bei der Prüfung der materiellrechtlichen Verfassungsmäßigkeit von § 14 Abs. 3 LuftSiG kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass die hier vorgesehene Möglichkeit des Abschusses eines Luftfahrzeugs, in dem sich Menschen als Opfer eines Angriffs auf die Luftsicherheit befinden, im Hinblick auf die Ausstrahlungswirkung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar ist.<sup>32</sup> Zwar steht das Recht auf Leben ungeachtet der Gewährleistung als Höchstwert innerhalb des Grundgesetzes gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG unter einem Gesetzesvorbehalt. Entsprechende Beschränkungen müssen aber im Lichte des Rechts auf Leben und der Menschenwürdegarantie gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ausgelegt werden. Das Benutzen von Passagieren eines entführten Luftfahrzeugs zur Rettung anderer verdinglicht und entrechtlicht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Betroffenen und macht sie damit unzulässigerweise zum bloßen Objekt des Staates.<sup>33</sup> Die vorsätzliche Tötung von Passagieren eines entführten Luftfahrzeugs verstößt deshalb nach der verfassungsgerichtlichen Prüfung gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>34</sup>

Damit ist verfassungsgerichtlich eindeutig klaggestellt worden, dass das Grundgesetz die in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorgesehene Abwägung von Leben gegen Leben nicht zulässt. Das Bundesverfassungsgericht ist dabei nicht den Interpretationen gefolgt, die hier keine Abwägung von Leben gegen Leben, sondern eine verantwortliche staatliche Entscheidung zum Ziel des effektiven Lebensschutzes in einer Extremsituation sehen,<sup>35</sup> bei der die Passagiere ohnehin das Leben ver-

29 Epping, BT-Innenausschuss-Prot. 15/35, S. 58; Robbers, ebd., S. 43; kritisch zur These von den Passagieren als Teil der Waffe Kersten, NVwZ 2005, 661 (663).

30 Kritisch zur These der mutmaßlichen Einwilligung und einer Aufopferung, Baumann, DÖV 2004, 853 (855 ff.); Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1082, 1084 f.); eingehend Pawlik, JZ 2004, 1045 (1050 ff.), auch zu Annahmen einer weitergehenden Aufopferungspflicht; Jerouschek, Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs, in: Amelung (Hrsg.), Festschrift Schreiber, 2003, S. 185 (188); Kersten, NVwZ 2005, 661 (663); Hartleb, NJW 2005, 1397 (1399 f.) erörtert die Möglichkeiten einer verfassungstheoretischen Legitimation einer Aufopferungspflicht in begrenzten Sonderlagen der Existenzgefährdung des Gemeinwesens, über die § 14 Abs. 3 LuftSiG weit hinausging.

31 Kritisch zur These von den Passagieren als ohnehin dem Tode geweiht Baumann, DÖV 2004, 853 (858 f.); Pawlik, JZ 2004, 1045 (1049); Sinn, NSTZ 2004, 585 (591); Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1083); Hase, DÖV 2006, 212 (217).

32 BVerfG, NJW 2006, 751 (757 ff. Rz. 118 ff.); a.A. Odenthal, Die Verwaltung 2005, S. 425 (449 f.) m.w. N.

33 BVerfG, NJW 2006, 751 (758 Rz. 124); zustimmend Schenke, NJW 2006, 736 (738) mit der Einschränkung, auch das Bundesverfassungsgericht habe wohl nicht generell die Tötung Unschuldiger ausgeschlossen, wenn diese etwa einwilligen, sondern nur auf gesetzlicher Grundlage wie in § 14 Abs. 3 LuftSiG; dazu bereits eingehend im Vorfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fast wortgleich Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1083); Baumann, DÖV, 2004, 853 (858 f.); Kersten, NVwZ 2005, S. 661 (663); Melzer/Haslach/Socher, NVwZ 2005, 1361 (1363); Sinn, NSTZ 2004, 585 (587 f.) unter strafrechtlichen Aspekten; Hase, DÖV 2006, 212 (217); zur weiteren Problematik der Vereinbarkeit eines Rettungsabschusses mit der EMRK, Sinn, NSTZ 2004, 585 (590); Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1086 Anm. 90).

34 A.A. Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (449) m.w. N.

35 Baldus, NVwZ 2004, 1278 (1285); Epping, BT-Innenausschuss-Prot. 15/35, S. 57 f.; Robbers, ebd., S. 23; Roellecke, F.A.Z. v. 16.2.2005, S. 37; Sittard/Ulbrich, JuS 2005, 432 (434) im Rahmen einer Klausurbesprechung zum LuftSiG bei Zugrundelegung der Annahme, dass für eine Würdeverletzung die Tötungsform »besonders erniedrigend oder politisches Mittel« sein müsse und hier das Ziel des effektiven Lebensschutzes bestehe.

lieren. Das Bundesverfassungsgericht sieht im Verfahren zum LuftSiG auch unter Berücksichtigung der auf eine Öffnung des Art. 1 Abs. 1 GG für eine Abwägung drängenden Argumentation der Bundesregierung keinerlei Anlass, die Objektformel und das Abwägungsverbot zu Art. 1 Abs. 1 GG einer Überprüfung zu unterziehen. Auf die neuen Interpretationsansätze, die unter Bezugnahme auf eine Schutzpflicht des Staates Art. 1 Abs. 1 GG stärker für eine Abwägung zwecks Ermöglichung der Rettungsfolter oder eines Rettungsabusses öffnen wollen, wird auch nicht ansatzweise eingegangen.

Verletzungen der Menschenwürde beurteilt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anhand der Objektformel, nach der der Mensch nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt gemacht werden darf. Wie es das Bundesverfassungsgericht bereits in der frühen Rechtsprechung<sup>36</sup> und zuletzt in der Entscheidung zum großen Lauschangriff selbst festgestellt hat, sind der Leistungskraft der Objektformel Grenzen gesetzt.<sup>37</sup> Bei zahlreichen staatlichen Maßnahmen gerade auch im Recht der Gefahrenabwehr ist der Mensch Objekt des Rechts und staatlicher Maßnahmen, denen er sich fügen muss. Deshalb liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung der Menschenwürde erst dann vor, wenn die Subjektqualität prinzipiell in Frage gestellt wird. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Werts vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt. Hier wird eine absolute Grenze markiert, die keinerlei Abwägung mit anderen Grundrechten oder sonstigen Rechtsgütern zugänglich ist. Diese Grenze kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nicht unter Bezugnahme auf eine staatliche Schutzpflicht in Frage gestellt werden.<sup>38</sup> Allerdings bedarf es gemäß der ständigen Rechtsprechung des Gerichts jeweils im Einzelfall im Hinblick auf die konkrete Situation der Prüfung, ob eine Behandlung vorliegt, die die Achtung des Wertes vermissen lässt, der dem Menschen um seiner selbst willen kraft seines Personseins zukommt. Die hier notwendigen Feststellungen und Bewertungen eröffnen einen gewissen Interpretationsspielraum sowohl für die Aufnahme neuer Problembereiche in den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG wie auch für eine gewisse Neubewertung tradierter Interpretationsansätze.

Insbesondere in der Diskussion über die »Rettungsfolter« anlässlich des Entführungsfalls Jakob v. Metzler und der Folgedebatte wird verstärkt die Auffassung vertreten, dass das herkömmlich dem absoluten Verbotsbereich zugeordnete Folterverbot im Zuge einer Abwägung zwischen der Würde eines mutmaßlichen Entführers und der Menschenwürde eines entführten Opfers relativiert werden könne.<sup>39</sup> Die dieser Argumentation zu Grunde liegende verfassungsrechtliche Begründung für die Zulässigkeit einer Abwägung im Rahmen des Art. 1 Abs. 1

36 BVerfG, NJW 1971, 275; NJW 1998, 519.

37 BVerfG, NJW 2004, 999 (1001); zur Leistungskraft der Objektformel aus der neueren Literatur Baumann, DÖV, 2004, 853 (858), Kersten, NVwZ 2005, 661 (662), Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1081) und Schenke, NJW 2006, 736 (738) im Zusammenhang mit dem LuftSiG; Auel, Die Verwaltung 2004, 229 (234 ff.) zu Fragen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts; Frommel, KJ 2002, 441 (422 ff.) und Sacksofsky, KJ 2003, 274 (280 f.) im Zusammenhang mit dem Embryonenschutz.

38 Sehr deutlich etwa BVerfGE 93, 266 (293), wonach die Menschenwürde »mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist«; zur Unzulässigkeit einer qualitativen oder quantitativen Gewichtung von Leben BVerfGE 39, 1 (59) = NJW 1975, 573.

39 Brugger, JZ 2000, 165 ff.; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, Stand 2004, Art. 1 GG, Rn. 45 ff., 90; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rn. 79; kritisch dazu Marx, KJ 2004, 278 ff.; Reemtsma, Folter im Rechtsstaat?, 2005, S. 126, 128; Hecker, KJ 2003, S. 210; ders., Ausnahme vom absoluten Folterverbot bei der »Rettungsfolter«? – Zur Entscheidung des LG Frankfurt v. 20.12.2004, in: Distler u.a. (Hrsg.), Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Verwaltungsfachhochschule in Wiesbaden, 2005, S. 295 ff.

GG bildet auch die Grundlage der Stellungnahme der Bundesregierung bei der Rechtfertigung der staatlichen Tötung der Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs auf der Grundlage des § 14 Abs. 3 LuftSiG. In der Diskussion über das Folterverbot konnten sich die Interpretationsansätze, die auf eine die Relativierung des Schutzes der Menschenwürde drängen, bislang nicht durchsetzen. Das LG Frankfurt, das über die strafrechtliche Frage der Anwendung der Rettungsfolter im Fall Jakob v. Metzler zu befinden hatte, schloss sich in seiner Entscheidung der überkommenen h.M. an, nach der eine Relativierung des Folterverbots mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist.<sup>40</sup> Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum LuftSiG kam insoweit entscheidende Bedeutung auch im Hinblick auf die allgemeine Debatte über eine Neuorientierung der Interpretation zur Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG zu.<sup>41</sup>

Allerdings ist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG nicht ganz so eindeutig, wie es häufig bei Bezugnahmen auf die Objektformel erscheint. Denn bei der Analyse der langjährigen Rechtsprechung des Gerichts zeigt sich, dass die Bestimmung des absolut gesicherten Kerns zumindest teilweise auch vom Zweck des staatlichen Vorgehens bestimmt wird. Wie auch jüngst erneut von Denninger<sup>42</sup> betont, bestand in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Abhörurteil von 1970<sup>43</sup> ein Dissens innerhalb des Gerichts, der das Kernproblem der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG zum Gegenstand hatte. Konsens bestand nur dahingehend, dass die Menschenwürde eine Behandlung verbietet, die die »Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt« – wie etwa bei Folter und sonstigen Methoden des Dritten Reichs. Inwieweit im konkreten Einzelfall aber auch die Intentionalität und Finalität des staatlichen Handelns zu berücksichtigen ist, war gerade umstritten. Die Entscheidung fügte ein zusätzliches subjektives Element in die Objektformel ein. Danach muss zur objektiven Würdeverletzung hinzukommen, dass der Betroffene »einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder dass in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt«. <sup>44</sup> Eine Behandlung des Menschen durch den Staat muss danach, um die Menschenwürde zu berühren, »Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine »verächtliche Behandlung«<sup>45</sup> sein. Das Sondervotum stellte dazu fest, dass eine objektive Würdeverletzung auch nicht durch eine »gute Absicht« geheilt werden kann.<sup>46</sup>

Petersen nimmt in seinem Beitrag »Auf dem Weg zu einer zweckrationalen Relativität des Menschenwürdeschutzes«<sup>47</sup> auf diesen Befund zum Abhörurteil von 1970 Bezug und ist der Auffassung, dass auch in der neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff<sup>48</sup> eine ähnliche Tendenz ausgemacht werden könne,<sup>49</sup> hier also insgesamt eine gewisse Linie von frühen Entscheidungen bis heute erkennbar sei. Dem ist allerdings zu widersprechen.

<sup>40</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, S. 692 ff.

<sup>41</sup> Zu diesem Zusammenhang auch Frankenberger, KJ 2005, 370 (383 f.).

<sup>42</sup> Denninger, KJ 2005, 359 (368).

<sup>43</sup> BVerfGE 30, 1 ff.

<sup>44</sup> BVerfGE 30, 1 (26).

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> BVerfGE 30, 1 (33, 40).

<sup>47</sup> Petersen, KJ 2004, 316 ff.

<sup>48</sup> NJW 2004, S. 999 (1002).

<sup>49</sup> Petersen, KJ 2004, 316 (324 f.) unter Verweis auf ähnliche Tendenzen dieser Art in der Tagebuchentscheidung BVerfGE 80, 367 (376 f.).

Das Abhörurteil stellte eine Einzelfallentscheidung dar. Die Relativierung in dieser Entscheidung wurde in Folgeentscheidungen so nicht wieder aufgegriffen.<sup>50</sup> Aus der berechtigten Kritik an einzelnen Teilen der Entscheidung zum großen Lauschangriff kann deshalb nicht auf eine allgemeine Öffnung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für eine zweckrationale Relativierung bei der Interpretation zu Art. 1 Abs. 1 GG geschlossen werden. Auch in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum LuftSiG findet sich kein Ansatzpunkt für eine zweckrationale Relativierung des Menschenwürdeschutzes.<sup>51</sup>

Im Übrigen weist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der näheren Begründung auch deutlich die Argumentation zurück, wer sich an Bord eines entführten Luftfahrzeugs befinde, sei selbst Teil dieser Waffe und müsse die vorsätzliche Tötung durch den Staat hinnehmen. Das Gericht sieht in dieser von der Bundesregierung vorgetragene Argumentation gerade ein Beispiel für die unzulässige Verdinglichung selbst schutzbedürftiger Menschen.<sup>52</sup> Ebenfalls für evident nicht tragfähig erachtet wird die von der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme und der Fachliteratur teilweise vertretene Auffassung, nach der Passagiere eines Luftfahrzeugs mutmaßlich in die eigene Tötung bei einem entsprechenden Zwischenfall eingewilligt haben<sup>53</sup> oder als ohnehin dem Tode geweiht<sup>54</sup> im Rahmen der Abwägung letztlich keinen Schutzanspruch mehr besitzen. Der Schutz des Rechts auf Leben ist unabhängig davon, wie sich die Lebensumstände des Einzelnen oder seine körperliche und seelische Befindlichkeit darstellen. Auch bei Lebensumständen, bei denen der Eintritt des Todes wie bei einem bevorstehenden Flugzeugabsturz möglich oder wahrscheinlich ist, besteht der Schutz des Grundrechts auf Leben, wie es das Bundesverfassungsgericht deutlich feststellt.<sup>55</sup> Der Annahme eines Gebots zur Aufopferung für das Staatsganze wird entgegengehalten, dass sich die damit zusammenhängende Rechtsfrage im Hinblick auf den anders gerichteten Anwendungsbereich des § 14 Abs. 3 LuftSiG überhaupt nicht stellen kann.<sup>56</sup>

Da nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine gesetzliche Zulassung des finalen Rettungsabschusses zu Lasten der Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs generell unvereinbar mit dem Grundgesetz ist, bleibt für den möglichen Extremfall nur die Frage offen, ob entsprechende Maßnahmen zwar ohne gesetzliche Grundlage, aber zumindest straffrei unter Bezugnahme auf die Nothilfe oder den übergesetzlichen Notstand erfolgen könnten.<sup>57</sup> Das Bundesverfassungsgericht lässt diese Frage mangels Entscheidungsrelevanz im konkreten Fall bei Verweis auf die Fachliteratur offen, betont dabei allerdings, dass die Frage sich nur auf die strafrechtliche Beurteilung beziehen kann, eine Qualifizierung entsprechender Maßnahmen als rechtmäßig, und damit erlaubt,

<sup>50</sup> So auch Höfling, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 1 Rn. 15.

<sup>51</sup> Für eine besondere Berücksichtigung der Finalität des staatlichen Handelns bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rettungsabschuss dagegen Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (450).

<sup>52</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 134).

<sup>53</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 131: »lebensfremde Fiktion«).

<sup>54</sup> Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (447 ff.).

<sup>55</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 132).

<sup>56</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 135 f.).

<sup>57</sup> Dabei besteht bis auf vereinzelte Gegenstimmen Konsens, dass es hier nur um die strafrechtliche Verantwortung der handelnden Amtsträger, nicht aber die Herleitung der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns über strafrechtliche Aspekte gehen kann. Zur Frage strafrechtlicher Notwehr- und Notstandsbestimmungen, Pawlik, JZ 2004, 1045 (1048 ff.); Fischer, JZ 2004, 376 (383); Sinn, NStZ 2004, 585 ff.; Baumann, DÖV 2004, 853 (860); Schenke; NJW 2006, 736 (739); die eventuellen Schadensausgleichsansprüche bei einem Rettungsabschuss nach § 16 LuftSiG und dem allgemeinen Recht zum Schadensausgleich behandeln eingehend Melzer/Hasloch/Sochen, NVwZ 2005, 1361 (1365 ff.).

aber generell unzulässig ist.<sup>58</sup> Dieser Gesichtspunkt ist auch für die Paralleldebatte über das Folterverbot relevant, da hier teilweise unter Bezugnahme auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe die Rechtswidrigkeit des Handelns bei der Anwendung der Rettungsfolter in Frage gestellt wird. Insoweit kommt den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts auch allgemein Bedeutung für die Diskussion über die rechtliche Einordnung der neuen Rettungskonzepte im Präventiv- und Sicherheitsstaat zu.

Das Bundesverfassungsgericht verweist ergänzend darauf, dass gegen die Zulassung eines derartigen Einsatzes auch die tatsächlichen Umstände sprechen, von denen in einem Einsatzfall auszugehen ist.<sup>59</sup> Denn in einem konkreten Fall dürfte eine große Unsicherheit dahingehend bestehen, ob überhaupt ein Luftzwischenfall im Sinne des § 13 Abs. 1 LuftSiG vorliegt. Diese Unsicherheiten lägen weit über den normalen Prognoseunsicherheiten, wie sie im Bereich der Gefahrenabwehr üblicherweise auftreten können. Die Entscheidung über den Abschuss könnte nach den gewonnenen Erkenntnissen nicht auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse, sondern nur auf Grund eines Verdachts getroffen werden. Unschuldige Menschen gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme derartiger Bedingungen vorsätzlich zu töten, sei unter Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG »schlechterdings unvorstellbar«.<sup>60</sup> Die Grundentscheidung, dass ein »Rettungsabschuss« zu Lasten von Passagieren an Bord eines Luftfahrzeugs gemäß Art. 1 Abs. 1 GG nicht zulässig ist, formuliert das Bundesverfassungsgericht allerdings auch unabhängig von dieser Frage. Diesen Feststellungen des Gerichts zu den Prognoseproblemen vor dem Einsatzbefehl kommt allgemein Bedeutung zu, da ein wesentliches Merkmal der neuen Präventionslogik in der Zuspitzung und Verallgemeinerung von extremen Entscheidungssituationen bei gleichzeitig starker Vereinfachung der Komplexität realer Entscheidungssituationen besteht.<sup>61</sup>

## V.

So eindeutig wie das Bundesverfassungsgericht die Unzulässigkeit der staatlichen Tötung von Passagieren eines entführten Luftfahrzeugs feststellt, so eindeutig wird auf der anderen Seite die Zulässigkeit der Tötung von Personen bejaht, die ein Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass derjenige, der ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen will und Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, durch staatliche Abwehrmaßnahmen bis hin zur Tötung im Extremfall nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität in Frage gestellt wird: »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

<sup>58</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 130); dazu die Kommentierung von Müller, F.A.Z. v. 16.2.2006, die Entscheidung müsse so gelesen werden, dass ein entsprechender Rettungsabschuss nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung für schlechterdings unvorstellbar erachtet wird, aber durchaus gesetzlich unregelt, auch wenn dies im Land der Verrechtlichung jeglichen staatlichen Handelns nicht einfach zu vermitteln sei. Zu diesem Aspekt in der Debatte zur Rettungsfolter Reemtsma (Fn. 39), S. 109: »Das Recht ist nicht dazu da, unlösbare Probleme zu verwalten«. Wenn die Frage rechtlich nicht lösbar sei, bleibe aber, entgegen der Auffassung mancher Juristen, das Problem dennoch bestehen.

<sup>59</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (758 f. Rz. 125 ff.).

<sup>60</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (759 Rz. 130).

<sup>61</sup> Ganz deutlich wird dies auch in der Debatte über die Rettungsfolter insbesondere bei den Fallgestaltungen von Brugger und der völligen Ausblendung der näheren Untersuchung von rechtsstaatlichen Alternativen zur Rettungsfolter, dazu Hecker, in: FS Verwaltungsfachhochschule (Fn. 39), S. 228 (310 ff.).

Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird.«<sup>62</sup> Mit dieser Feststellung hat das Bundesverfassungsgericht eine grundlegende grundrechtliche Bewertung der Tötung von Angreifern durch den Staat vorgenommen, der eine Ausstrahlungswirkung weit über den Fall des LuftSiG hinaus zukommt. Ohne dass das Bundesverfassungsgericht auf den polizeilichen finalen Rettungsschuss Bezug nimmt, folgt aus der Entscheidung, dass auch der polizeiliche Rettungsschuss nach verfassungsgerichtlicher Auffassung grundrechtlich gerechtfertigt ist. Der finale Rettungsschuss im Sinne von § 41 Abs. 2 MEG PolG ist zwischenzeitlich in den meisten Bundesländern landesgesetzlich ausdrücklich eingeführt worden. Dass der finale Rettungsschuss zumindest bei eingrenzender Auslegung<sup>63</sup> verfassungsrechtlich unbedenklich ist, entspricht im Ergebnis der ganz überwiegenden h.M. zu diesem Thema,<sup>64</sup> auch wenn die Frage weiterhin durchaus umstritten bleibt. Ein wesentlicher Aspekt der Streitfrage zu diesem Thema bezieht sich auf die unterschiedlichen Interpretationen zur Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG<sup>65</sup> und dem Zusammenhang zu Art. 1 Abs. 1 GG.

Wird der Lebensschutz als maßgeblich bereits in Art. 1 Abs. 1 GG verankert angesehen, würde eine gezielte staatliche Tötung bereits an der absoluten und schrankenlosen Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG scheitern.<sup>66</sup> Nach h.M. ist das Leben eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Anerkennung der Würde jedes Individuums. Der Lebensschutz findet danach seine maßgebliche grundrechtliche Verankerung in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG unter einem Gesetzesvorbehalt steht, also keinem absoluten Schutz unterliegt.<sup>67</sup> Nach dem Bundesverfassungsgericht folgt der Lebensschutz sowohl aus Art. 1 Abs. 1 GG wie auch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>68</sup> Dabei wird die Art der Verknüpfung entweder gar nicht oder dahingehend bestimmt, dass Art. 1 Abs. 1 GG den Grund für den Lebensschutz bildet und das genaue Maß des gebotenen Lebensschutzes nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu bestimmen ist.<sup>69</sup> Bereits aus der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt, dass das Grundgesetz keinen absoluten Lebensschutz gewährleistet, was das Bundesverfassungsgericht jetzt bezogen auf den Fall des »Rettungsabschusses« konkretisiert.

Das Bundesverfassungsgericht bejaht im Rahmen der näheren Prüfung auch, dass die gezielte staatliche Tötung der Entführer eines Luftfahrzeugs mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, wenn ein unmittelbarer

62 BVerfG, NJW 2006, 751 (760 Rz. 141); dazu Schenke, NJW 2006, 736 (738), den Zusammenhang zum finalen Rettungsschuss betonend.

63 In der Ausweitung des Anwendungsbereichs von der Lebensrettung über die schwerwiegende Körperverletzung hin zu sonstigen wichtigen Rechtsgütern besteht das weitere zentrale Problem des Rettungsschusses, zur Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Eingrenzung der Anwendungsfälle Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rn. 85.

64 Eingehend dazu Rachor, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Kap. F Rn. 866 ff., 873 ff.; Schultze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 62, 68; di Fabio, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 15, 37; Kunig (Fn. 63), Art. 2 Rn. 73; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 20. Aufl. 2004, Rn. 405; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 20 Rn 18 ff. m.w. N.; Correll, in: Denninger u.a. (Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 2 Rn. 62; Kutscha, NVwZ 2004, 801 (802) m.w. N.

65 Dazu Krebs, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 19 Rn. 22 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 298 ff.; Krüger, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 19 Rn. 27 ff.; Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (448 f.); Baumann, DÖV 2004, 853 (859).

66 In diese Richtung argumentierte Podlech, in: Denninger u.a. (Hrsg.), AK-GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 14 (Erstkommentierung); a. A. jetzt Correll (Fn. 64), Art. 2 Rn. 62.

67 Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1082); Schultze-Fielitz (Fn.64), Art. 2 Abs. 2 Rn. 66 ff.; di Fabio, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004; Art. 2 Abs. 2 Rn. 14; Dreier, DÖV 1995, S. 1036 (1037); Starck (Fn. 39), Art. 1 Rn. 78; Heun, JZ 2002, 517 (518); Sacksofsky, KJ 2003, 274 (281); zusammenfassend zum Meinungsstreit und der Grundsatzfrage Kutscha, NVwZ 2004, 801 (802).

68 BVerfG, NJW 2006, 751 (757 Rz. 119).

69 BVerfGE 88, 203 (251) = NJW 1993, 1751 (1753) m.w.N.

Angriff mittels des Luftfahrzeugs bevorsteht.<sup>70</sup> Der Wesensgehalt des Grundrechts auf Leben bleibe solange unangetastet, wie gewichtige Schutzinteressen Dritter den Eingriff legitimieren und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Da das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Falle der Tötung der Entführer unter den genannten gesetzlichen Voraussetzungen bejaht, steht die Wesensgehaltsgarantie einer gezielten Tötung von Entführern eines Luftfahrzeugs auf der Grundlage des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht entgegen.<sup>71</sup> Diese Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts liegen auf der Linie seiner langjährigen Interpretation zu Art. 19 Abs. 2 GG, nach der der Wesensgehalt eines Grundrechts »in keinem Fall angetastet werden darf«, die genaue Bedeutung (absoluter Schutz für den Einzelnen oder das Grundrecht als solches) aber bezogen auf jedes Einzelgrundrecht und jeden Einzelfall gesondert zu bestimmen ist.<sup>72</sup> Nach h.M. ist der Wesensgehalt des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG in der Bedeutung für die Allgemeinheit zu suchen.<sup>73</sup> Davon geht auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum LuftSiG aus.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht nun allerdings eindeutig fest, dass gegenüber dem nur täterbezogenen Rettungsabschuss und dem finalen Rettungsschuss im Kern keinerlei verfassungsgerichtliche Bedenken bestehen.<sup>74</sup> Für die Grundsatzdiskussion zu Art. 1 Abs. 1 GG ist entscheidend, inwieweit die Verneinung einer Berührung des Art. 1 Abs. 1 GG bei einer gezielten staatlichen Tötung für tragfähig erachtet wird, oder ein fragwürdiger zweckrationaler Argumentationsansatz vorliegt, der eine weitere Öffnung des Art. 1 Abs. 1 GG etwa für sonstige staatliche Rettungsmaßnahmen wie der Rettungsfolter ermöglicht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung auch an dieser Stelle keine zweckrationale Relativierung des Menschenwürdeschutzes vorgenommen, sondern die spezielle Stellung eines Angreifers am Maßstab Subjekt/Objekt bewertet. Der Schluss dahingehend, dass Abwehrmaßnahmen gegenüber einem Angreifer, der anderes Leben unmittelbar gefährdet, nicht dessen Subjektstellung in Frage stellt, selbst wenn er dabei getötet wird, ist tragfähig.<sup>75</sup> Aus der begrenzten Zulassung des »Rettungsabschusses« (und der mittelbaren Bestätigung des finalen Rettungsschusses) kann nicht der Schluss gezogen werden, dass damit zugleich auch der Weg frei ist für eine zweckrationale Relativierung des Menschenwürdeschutzes etwa im Sinne der Zulassung der Rettungsfolter. Bei staatlichen Maßnahmen gegenüber einem Angreifer in der unmittelbaren Angriffssituation und der Anwendung von Maßnahmen, die herkömmlich dem Folterverbot unterliegen, besteht ein grundlegender Unterschied.<sup>76</sup> Hier hat auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Feststellung Bestand, dass Art. 1 Abs. 1 GG ein absolutes Folterverbot zu

<sup>70</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (760 f. Rz. 144 ff.).

<sup>71</sup> BVerfG, Rz. 154; zum eigenständigen Stellenwert der Wesensgehaltsgarantie neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 2, Rn. 17; im Ergebnis wie das Bundesverfassungsgericht auch die Anwendung des Art. 19 Abs. 2 GG auf den finalen Todesschuss nach der h.M., vgl. Rachor (Fn. 64) F Rn. 874 f.; Pieroth/Schlink (Fn. 64), Rn. 301; Kunig, (Fn. 63), Art. 2 Rn. 85.

<sup>72</sup> BVerfG, NJW 2004, 739 (741) m.w.N.

<sup>73</sup> Pieroth/Schlink (Fn. 64), Rn 304; Pieroth/Schlink/Kniesel, (Fn. 64), § 10 Rn. 7; Rachor (Fn. 64) F 874 m.w.N.

<sup>74</sup> Eine vollständige Gleichsetzung von finalen Rettungsschuss und dem Rettungsabschuss ist aber weiterhin nicht möglich, da beim Rettungsabschuss der Waffeneinsatz zwar letztlich gegen Personen, aber unmittelbar gegen eine Sache gerichtet ist, dazu näher Odenthal, Die Verwaltung 2005, 425 (435 f.).

<sup>75</sup> So auch Baumann, DÖV 2004, 853 (859) im Zusammenhang mit dem LuftSiG; Hartleb, NJW 2005, 1397 (1398) will das hier bestehende Abgrenzungs- und Zuordnungsproblem unter Bezugnahme auf den Grundrechtsmissbrauch lösen.

<sup>76</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 558a und 560 ff.

entnehmen ist, das nicht unter dem Gesichtspunkt eines »guten Zwecks« relativiert werden kann.

## VI.

Neben den grundrechtlichen Fragen ist ein weiterer Aspekt des LuftSiG relevant. Der Gesetzgeber hatte mit § 14 Abs. 3 LuftSiG auch wesentliche rechtsstaatliche Mindestanforderungen unterlaufen, die allgemein und speziell im vorliegenden Fall an gesetzliche Grundrechtseingriffe zu stellen sind.<sup>77</sup> Dies wird vor allem auch beim Vergleich des § 14 Abs. 3 LuftSiG mit den landesgesetzlichen und den bundesgesetzlichen Spezialregelungen zum polizeilichen Schusswaffeneinsatz deutlich.<sup>78</sup> In den landesgesetzlichen Regelungen wird präzise aufgeführt, wann und unter welchen Umständen ein Schusswaffeneinsatz erfolgen darf, durch den Unbeteiligte berührt werden können. Der Bundesgesetzgeber hat, obwohl Unbeteiligte durch § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht nur berührt werden können, sondern im Extremfall gerade eine gezielte staatliche Tötung von Unbeteiligten ermöglicht werden sollte, bei Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot auf eine klare gesetzliche Benennung des Regelungsziels und der davon betroffenen Personen verzichtet,<sup>79</sup> und insbesondere nicht zwischen den Entführern eines Luftfahrzeugs und den Opfern unterschieden. Man kann diesen Verzicht bei wohlwollender Betrachtung dahingehend interpretieren, dass hier die eigene Scham eine im Wortlaut zu deutliche Regelung verhinderte. Getragen wird die Regelung aber eher von der fragwürdigen Annahme, man könne die Opfer als Teil der Waffe betrachten, ihnen deshalb den Status Unbeteiligter entziehen und im Ergebnis auf eine gesetzliche Differenzierung zwischen Entführern, die ein Luftfahrzeug als Angriffswaffe missbrauchen wollen, und den Passagieren als Opfern verzichten.

## VII.

Das LuftSiG war das Ergebnis einer bislang beispielloser rechtspolitischen Verirrung des Bundesgesetzgebers. Der Versuch der Verschiebung der Koordinaten der Freiheit und der Sicherheit in diesem Gesetz sprengt alle bislang bekannten Grenzen.<sup>80</sup> Die überkommene Überzeugung, dass eine Abwägung von Leben gegen Leben nicht zulässig ist, sollte unter Bezugnahme auf mögliche Extremsituationen preisgegeben und die Abwägung Leben gegen Leben in das Recht der staatlichen Gefahrenabwehr integriert werden. Damit erfolgt ein Paradigmenwechsel, der das Verhältnis von staatstheoretischen Ausnahmesituationen und Normallage auf den Kopf stellt. Der Gesetzgeber infiziert mit derart undurchdachten Wertungen und Regelungen der neuen Präventionslogik<sup>81</sup> die gesamte

77 Dieser Aspekt wird vom Bundesverfassungsgericht nicht behandelt.

78 Dazu eingehend Odenthal, Die Verwaltung 2004, 25 (27 ff.).

79 Dies betont Odenthal ungeachtet der Zustimmung zu § 14 Abs. 3 GG unter dem Gesichtspunkt von Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; dazu auch Kutscha, KJ 2004, 228 (239); diese gezielte Verhüllung des eindeutigen Gesetzeszwecks im Wortlaut machte sich der Abgeordnete Ströbele bei seinem Versuch zu eigen, das rechtspolitische Dilemma bei der Zustimmung zum Gesetz damit zu lösen, dass § 14 Abs. 3 LuftSiG nur als Zuständigkeitsregelung für den Einsatz von Waffengewalt verstanden werden sollte, und nicht als Ermächtigungsgrundlage für den Rettungsschuss, der allein auf der Grundlage der bestehenden Bestimmungen der Nothilfe bzw. des übergesetzlichen Notstands erfolgen sollte, dazu Kersten, NVwZ 2005, 661 (662).

80 Hartleb, NJW 2005, 1397; Schenke, NJW 2006, 736 ff.; Hase, DÖV 2006, 212 (214, 215 f.).

81 Dazu Denninger, KJ 2002, 467 (471 ff.); Frankenberg, KJ 2005, 370 (375 ff.); Schoch, Der Staat 2004, 348 (347 ff., 360 ff.).

Rechtsordnung.<sup>82</sup> Mit Schoch<sup>83</sup> können drei wesentliche Merkmale des Präventionsstaats benannt werden:

- a) intensive Datenerhebung und Verarbeitung zwecks Informationsvorsorge,
- b) Absenkung der Gefahrenschwelle und
- c) Einebnung der klassischen Unterscheidung von Störer und Nichtstörer.

Der spezifische Beitrag des LuftSiG bezieht sich nach diesen Kriterien auf die Einebnung der Unterscheidung von Störer und Nichtstörer, die hier in der gesteigerten Form der völligen Durchbrechung der herkömmlichen Unterscheidung von Störern und Nichtstörern auftritt. Nichtstörer sollten nach der Präventionslogik des LuftSiG nicht nur, wie etwa bei der Schleierfahndung, einen gewissen Beitrag zur Informationsvorsorge des Präventionsstaats leisten, sondern zum Objekt gezielter staatlicher Tötung werden.

Es wird nichts anderes übrig bleiben, als zu akzeptieren, dass im Zusammenhang mit Bedrohungen des Luftverkehrs Extremsituationen auftreten können.<sup>84</sup> Derartige rechtsethische Grenzsituationen entziehen sich einer Regelung im Gefahrenabwehrrecht. Wie es gerade die Diskussion zu § 14 Abs. 3 LuftSiG anschaulich belegt, ist es verfehlt, auf eine gesetzliche Regelung derartiger Extremsituationen mit der Begründung zu drängen, dass den zur Entscheidung berufenen Amtsträgern die unerträgliche Ungewissheit über die zu ergreifenden Maßnahmen genommen werden muss. Auch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kann aber die besonders große Prognoseunsicherheit, die in dieser Lage besteht, nicht beseitigen.<sup>85</sup> Das Ergebnis der Auseinandersetzung um das LuftSiG zeigt, dass der Versuch, der neuen Präventionslogik Grenzen zu ziehen und nicht aufgebare Grundpositionen des liberalen Grundrechtsverständnisses zu bewahren, keineswegs gänzlich erfolglos bleiben muss.<sup>86</sup>

Ob in einem Extremfall eines nachhaltigen Angriffs auf die Grundlagen der staatlichen Ordnung ein Rettungsabschluss auch zu Lasten der Opfer zulässig sein kann, bedarf im Hinblick auf die weit darüber hinausweisende Regelung des § 14 Abs. 3 LuftSiG keiner abschließenden Entscheidung. Inwieweit bei einer derartigen Sachlage ein Vorgehen auf der Grundlage des übergesetzlichen Notstands »mit allen Unannehmlichkeiten, die diesem Rechtsinstitut anhaften«,<sup>87</sup> oder der Rückgriff auf eine neue Rechtfertigungsdogmatik für Ausnahmesituationen jenseits der Normallage tatsächlich in Betracht kommt,<sup>88</sup> ist in der weite-

82 So deutlich Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1088) mit der Warnung vor einem größeren Schaden für die Rechtsordnung als beim legislativen Untätigsein; Kersten, NVwZ 2005, 661 (662) verweist auf entsprechende Ausweitungsmöglichkeiten etwa in dem Sinne, dass der Polizeipräsident nach Ermessen über den Einsatz körperlicher Gewalt entscheidet, wenn Würde gegen Würde steht; Pawlik, JZ 2004, 1045 (1055) mit Überlegungen zu alternativen Konzepten, die allerdings gewisse utilitaristisch geprägte Abwägungen in Grenzfällen ermöglichen.

83 Schoch, Der Staat 2004, 348 (353 f.).

84 Wobei der Bundesgesetzgeber selbst von einem nur sehr geringen Wahrscheinlichkeitsgrad ausging.

85 Baumann, DÖV 2004, 853 (860).

86 Gegenüber den hier teilweise angesiedelten Untergangsszenarien hat Schoch in sehr anregender Weise dazu aufgerufen, sich dem Gebot einer gewissen Neujustierung von Freiheit angesichts neuer Herausforderungen zu stellen, und sich vor allem auf die Frage zu konzentrieren, wie »unausweichlichen verfassungsrechtliche Lockerungen auf der anderen Seite durch kompensatorische Maßnahmen begegnet wird«, Schoch, Der Staat 2004, 348 (366 ff.).

87 Pawlik, JZ 2004, 1045 (1055); nach Schenke, NJW 2006, 736 (739) besteht für den übergesetzlichen Notstand spätestens seit der Notstandsverfassung kein Raum mehr, erforderlich sei vielmehr eine eindeutige verfassungsrechtliche Legitimation.

88 Dazu bei eingehender Auseinandersetzung mit dem Thema Sinn, NStZ 2004, 585 (587 ff. 591) und Hase, DÖV 2006, 212 (218), die auf eine Rechtfertigung bei Bruch mit der bestehenden Dogmatik der Normallage angesichts der neuen Herausforderungen abzielen; unter Bezugnahme auf die Schutzfunktion des Staats, wenn die staatliche Legitimation insgesamt bedroht ist, auch Melzer/Haslach/Socher, NVwZ 2005, 1361 (1362).

ren Diskussion zu klären. Festzuhalten ist aber, dass in der Bundesrepublik gegenwärtig nicht ansatzweise, in den Vereinigten Staaten auch nicht am 11. September 2001, und selbst in Israel angesichts zahlreicher gravierender Anschläge nicht von einer existenziellen Bedrohung des Staats gesprochen werden kann, die die Annahme eines absoluten Sonderfalls begründen könnte.<sup>89</sup> Deshalb ist die aktuell verstärkt angelaufene Diskussion über die eventuelle Notwendigkeit eines Bruchs mit der Rechtsordnung der Normallage in der Bundesrepublik zwecks Abwehr terroristischer Bedrohungen völlig überzogen und stellt derzeit die eigentliche Gefahr für die Rechtsordnung dar.<sup>90</sup>

Bezogen auf die Frage des Einsatzes der Streitkräfte im Inneren zur Gefahrenabwehr folgt aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass im Rahmen der bestehenden Bestimmungen der Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG nicht nur der »Rettungsabschuss« verfassungsrechtlich unzulässig ist, sondern auch sonstige Einsätze der Streitkräfte im Innern auf deutliche Grenzen stoßen, da ein Unglücksfall hier selbst bei weitester Auslegung eindeutig nicht vorliegt, und das Landesrecht der Gefahrenabwehr den Rahmen vorgibt.<sup>91</sup> Auch wenn die Frage eines sonstigen Einsatzes der Streitkräfte im Innern nicht unmittelbar Gegenstand der Entscheidung war, ergibt sich aus den Eingrenzungen der Entscheidung für derartige Einsätze, dass selbst ein bloßer Objektschutz durch die Streitkräfte, wie es für die WM 2006 im Gespräch war, nicht ohne Verfassungsänderung erfolgen darf,<sup>92</sup> da die speziellen gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG nicht erfüllt sind.

<sup>89</sup> So nachdrücklich Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1086).

<sup>90</sup> Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1087) weisen zutreffend darauf hin, dass in der ausufernden Diskussion über Schutzpflichten des Staats die unbedingte Verpflichtung des Staats, sich schützend vor die Rechtsordnung zu stellen, zu kurz kommt.

<sup>91</sup> Zur Frage der Gestaltung einer verfassungsändernden Regelung Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1291).

<sup>92</sup> Es sei denn, so Müller, F.A. Z. v. 16.2. 2006, »man hält dieses Ereignis schon vor dem Eröffnungsspiel für einen besonders schweren Unglücksfall«; allgemein dazu Schmidt-Jortzig, DÖV 2002, 773 ff.; zu den sonstigen rechtspolitischen Einwänden gegenüber einer Übertragung von allgemeinen polizeilichen Sicherungsaufgaben auf die Streitkräfte. Wiefelspütz, Die Polizei 2003, 301 (306 f.) und Fischer, JZ 2004, S. 376 (378 f.); Sattler, NVwZ 2004, 1286 (1291).