

Philosophie

„Philosophische Überlegungen zum Luftsicherheitsgesetz“

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der

Philosophischen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu

Münster (Westf.)

vorgelegt von

Aaron Voloj Dessauer

aus Münster (Westf.)

2008

Datum der mündlichen Prüfungen: 22. 08. 2007/ 05. 05. 2008

Dekan: Prof. Dr. Dr. h.c. Wichard Woyke

Referent: Prof. Dr. Kurt Bayertz

Korreferent: Prof. Dr. Thomas Gutmann, M.A.

*Meinen lieben Eltern
und
Alan*

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Danksagung..... | 7 |
| Einleitung | 8 |
| Rechtlicher Hintergrund der Gesetzesinitiative..... | 10 |
| Gegenstand, Aufbau und Methodik der Arbeit..... | 20 |
| A. Teil I: Substantielle Gedanken: Darf man aus moralischer und rechtlicher Sicht töten, um zu retten? | |
| I. Das Bundesverfassungsgerichtsurteil zum Luftsicherheitsgesetz | |
| 1. Das Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 15.02.2006..... | 23 |
| 2. Moralische Bedenken..... | 25 |
| 3. Empirische Bedenken..... | 26 |
| 4. Hintertüren..... | 28 |
| II. Der doktrинelle Hintergrund des Urteils | |
| 1. Der doktrинelle Hintergrund..... | 31 |
| 2. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeitsprinzip..... | 31 |
| 3. Kritik an moralischer Begründung des BVerfG-Urteils..... | 34 |
| 4. Quantitative Abwägungen..... | 37 |
| 5. Kritik an quantitativen Abwägungen/ Zählen die Zahlen?..... | 39 |
| 6. Differenzierung I..... | 45 |
| 7. Qualitative Abwägungen/ Zählt wer getötet wird?..... | 46 |
| 8. Differenzierung II..... | 48 |
| III. Eine verfassungskonforme Auslegung des Luftsicherheitsgesetzes | |
| 1. Eine verfassungskonforme Auslegung des LuftSiG..... | 54 |
| 2. Was ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip?..... | 55 |
| 3. Weiterführende Gedanken/ Analogien zu anderen Dilemmata..... | 57 |
| 4. Fazit..... | 59 |
| IV. Solidaritätspflicht | |
| 1. Solidaritätspflicht: Kann man jemals Menschen als Mittel benutzen?..... | 60 |
| 2. Notstandsverordnungen und Terrorismus..... | 61 |
| 3. Der Tod von enablern..... | 64 |
| 4. Gelten deontologische Grundsätze auch in Katastrophenfällen?..... | 68 |
| 5. Drei Begründungsmodelle der Aufopferungspflicht..... | 69 |
| a. Mitverantwortung..... | 69 |
| b. Fairness..... | 69 |
| c. Hypothetischer Konsens..... | 70 |
| 6.1 Schwächen im Modell des Urzustandes..... | 71 |
| 6.2 Das Haufenparadox und das Problem der Grenzziehung..... | 72 |
| 7. Die qualifizierte Abwägung..... | 74 |
| 8. Qualitative Unterschiede und formelle Gerechtigkeit..... | 78 |
| 9. Kennt Not wirklich kein Gebot?..... | 80 |
| 10. Ist der Katastrophenfall wirklich so anders? Ein psychologischer Exkurs zur Deontologie/ Konsequentialismus-Dichotomie..... | 84 |
| V. Zusammenfassung des Teil I..... | 88 |

B. Teil II: Prozedurale Gedanken: Wie sollen Institutionen mit Notlagen umgehen?

| | |
|---|-----|
| I. Welche institutionellen Modelle kennt das Recht, um mit Notlagen umzugehen?..... | 91 |
| 1. Typologie..... | 93 |
| a. Das realistische Modell..... | 94 |
| b. Das kategorische Modell..... | 96 |
| c. Das Kompromissmodell..... | 98 |
| - Das Römische Modell..... | 99 |
| d. Das außergesetzliche Modell..... | 104 |
| aa. Lockes Theorie der Prärogative..... | 106 |
| bb. Kritik an der Theorie der Prärogative..... | 108 |
| (1) Max Weber und Verantwortungsethik..... | 109 |
| (2) Michael Walzer und dirty hands..... | 110 |
| (3) Martha Nussbaum und die Distinktheit der Sphären..... | 111 |
| II. Das BVerfG Urteil im Kontext..... | 114 |
| 1. Der Bundestag und das Kompromissmodell..... | 114 |
| 2. Das Bundesverfassungsgericht und das außergesetzliche Modell..... | 115 |
| 3. Drei philosophische Begründungen zur Vagheit im außergesetzlichen Modell..... | 120 |
| a. Acoustic Separation..... | 120 |
| b. Judicial Minimalism..... | 123 |
| c. Malum Prohibitum/ Malum In Se..... | 124 |
| 4. Weiterführende Gedanken/ Konklusion..... | 125 |
| III. Slippery Slopes..... | 127 |
| 1. Einführung..... | 127 |
| 2. Das Grundproblem..... | 131 |
| 3. 1. Die Gefahr durch Präzedenzfälle..... | 132 |
| a. Falsche Rezeption einer Begründung..... | 133 |
| b. Kontexterweiterung..... | 133 |
| c. Verwirrung über ein grundlegendes Prinzip..... | 134 |
| d. Fazit..... | 137 |
| 4. 1. Bewusstseins- und Wahrnehmungsänderung..... | 137 |
| a. Desensibilisierung der Verantwortungsträger..... | 138 |
| b. Desensibilisierung beim Volk..... | 139 |
| aa. Der Ist-Soll-Fehlschluss..... | 139 |
| bb. Ignoranz/ Inkompetenz..... | 141 |
| - Zu viele Ausnahmen..... | 142 |
| cc. Desensibilisierung durch Vergleich..... | 143 |
| dd. Falsche Bewertung des Gesetzes..... | 144 |
| 5. Fazit..... | 146 |
| IV. Zusammenfassung des Teil II..... | 149 |
| C. Ausblick: Das LuftSiG im weiteren Kontext und die Frage nach der Notwendigkeit von Gesetzen | |
| 1. Schlussbemerkungen..... | 151 |
| 2. Brauchen wir das Luftsicherheitsgesetz?..... | 153 |
| 3. Eine skizzenhafte Theorie zur Notwendigkeit von Recht..... | 156 |
| Epilog..... | 163 |
| Bibliographie..... | 164 |

„Jedes Gesetz [ist] allgemein und bei manchen Dingen [lassen sich] richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz nicht geben. Wo nun eine allgemeine Bestimmung zu treffen ist, ohne dass sie ganz richtig sein kann, da berücksichtigt das Gesetz die Mehrheit der Fälle, ohne über das diesem Verfahren anhaftende Gebrechen im unklaren zu sein. Nichtsdestoweniger ist dieses Verfahren richtig. Denn der Fehler liegt weder an dem Gesetz noch an dem Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache. Denn im Gebiet des Handelns ist die ganze Materie von vornherein so (dass das gedachte Gebrechen nicht ausbleibt). Wenn demnach das Gesetz allgemein spricht, aber in concreto ein Fall eintritt, der in der allgemeinen Bestimmung nicht einbegriffen ist, so ist es, insofern der Gesetzgeber diesen Fall ausser acht lässt, und, allgemein sprechend, gefehlt hat, richtig gehandelt, das Versäumte zu verbessern, wie es auch der Gesetzgeber selbst, wenn er den Fall vor sich hätte, tun, und wenn er ihn gewusst hätte, es im Gesetz bestimmt haben würde. Daher ist das Billige ein Recht und besser als ein gewisses Recht, aber nicht besser als das Recht schlechthin, sondern als jenes Recht, das, weil es keinen Unterschied kennt, mangelhaft ist. Und das ist die Natur des Billigen: es ist eine Korrektur des Gesetzes, da wo dasselbe wegen seiner allgemeinen Fassung mangelhaft bleibt. Dies ist auch die Ursache davon, dass nicht alles gesetzlich geregelt ist.“

-- Aristoteles

Danksagung

Diese Arbeit wurde durch die finanzielle Unterstützung der Friedrich-Naumann-Stiftung ermöglicht. Ohne ihre großzügige Hilfe während des Studiums und der Promotionsphase wären meine Auslandsaufenthalte finanziell nicht möglich gewesen.

Wie immer, gebührt meiner Familie mein größter Dank. Meine Eltern haben mir immer die größtmögliche Freiheit gelassen, um meinen eigenen Weg zu gehen – auch wenn dieser bedeutete, dass ich früh von zu Hause ausgezogen und in die USA gegangen bin. Meinen Geschwistern Debby und Julian bin ich auch zu großem Dank verpflichtet. Mein Werdegang wäre nicht der gleiche gewesen, hätte ich nicht große Geschwister gehabt, die mich stets anregten. Nicht zuletzt möchte ich mich bei meiner Oma und ihrem Freund Jossif bedanken.

Während meinen Forschungsaufenthalten in Harvard und an der NYU hatte ich das Glück, die Erstellung dieser Arbeit als Ausrede nehmen zu können, um mit brillanten Menschen in Kontakt treten zu können. Sie haben sich ihre wertvolle Zeit für mich genommen, um meine Arbeit zu diskutieren. Diese Gespräche waren nicht nur stimulierend, sondern haben mir eine Plattform gegeben, meine Ideen auf ihre Richtigkeit hin zu verteidigen. Wenn dieses nicht gelang – und dies geschah recht häufig – so wurde ich veranlasst, meine Argumente erneut zu überdenken. Und auch dies geschah recht häufig. Den folgenden Personen bin ich zutiefst dankbar für diese Gespräche: Bruce Ackerman, Gabriela Blum, Hanina Ben Menahem, Alan Dershowitz, Ronald Dworkin, Noah Feldman, Charles Fried, Josh Greene, Russell Hardin, Marc Hauser, Phil Heyman, Vittorio Hösle, Frances Kamm, Niko Kolodny, Mattias Kumm, David Laibson, Bernard Manin, Thomas Nagel, Steve Pinker, Fred Schauer, Judith Jarvis Thompson, Eugene Volokh und Jeremy Waldron.

Meinen Freunden Martin Arndt, Alexander Blenkinsopp, Michael Breyer und Andrej Lang danke ich für ihre vielen Kommentare und Marion Hinrichs, Shalene Edwards und nicht zuletzt Heribert Woestmann gilt der größte Dank für Ihre Hilfe beim Editieren und Korrekturlesen dieser Arbeit. Für die hilfreichen Gespräche mit den MdBs Jörg van Essen und Dietmar Wiefelspütz bin ich auch sehr dankbar.

Wer sich nach der Lektüre der Arbeit fragt, warum nach den Gesprächen mit diesen Größen die Dissertation nicht besser ist, dem muss eingestanden werden, dass ich alleinig für alle bestehenden und zahlreichen Defizite verantwortlich bin.

Meinen Betreuern Kurt Bayertz und Thomas Gutmann bin ich für ihre außerordentliche Hilfsbereitschaft und ihre Kommentare sehr dankbar. Zuletzt möchte ich mich bei meinem Mentor und Freund Alan Dershowitz bedanken. Sein Einfluss auf mich durchdringt jeden Satz dieser Arbeit. Ihm habe ich mehr zu verdanken als er sich bewusst ist. Daher sei auch ihm diese Arbeit gewidmet.

Einleitung

Am 11. September 2001 hat sich die Weltlage verändert. Vier Passagierflugzeuge wurden in den USA von islamistischen Terroristen entführt und zum Absturz gebracht. Zwei Maschinen schlugen in die Türme des World Trade Centers in New York ein, ein drittes stürzte in das Pentagon, dem amerikanischen Verteidigungsministerium in Washington D.C., und ein viertes Flugzeug stürzte in eine verlassene Kohlegrube im Bundesstaat Pennsylvania, nachdem es durch das Eingreifen von Passagieren eine Kursänderung erfuhr. Dieses Flugzeug hatte vermutlich das Kapitol oder das Weiße Haus zum Ziel.

Vieles hat sich seit diesem Tag geändert: es wurden Kriege geführt, die in vielerlei Hinsicht neuartig sind: Kriege sind nicht mehr allein gegen Staaten gerichtet, sondern auch gegen Terror-Netzwerke, die global operieren. Diese Kriege sind auch insofern neuartig, als dass es äußerst unwahrscheinlich ist, dass es jemals ein offizielles Kriegsende geben wird. Terroristen, die bereit sind, sich selbst und andere in den Tod zu reißen, werden sich nicht einfach ergeben und einen Friedensvertrag unterzeichnen. Da religiöse Fanatiker oftmals nicht abzuschrecken sind¹, ersetzt die Doktrin des Präemptions- und Präventionsangriffes immer mehr das Konzept der Abschreckung, wie es im Kalten Krieg zwischen den zwei Supermächten angewendet wurde. Die überraschenden Angriffe am 11. September – sowie die darauffolgenden in Bali, Madrid und London – haben das Sicherheitsgefühl in der westlichen Welt in besonderem Maße eingeschränkt.²

Überall haben Regierungen nach diesen Geschehnissen Sicherheitspakete und Anti-Terrormaßnahmen verabschiedet. Besonders in den USA durch den Patriot Act und in Großbritannien durch den „Terrorism Act 2006“ hat es eine weitreichende Entwicklung zu „mehr Sicherheit“ auf Kosten „weniger Freiheit“ geführt. Auch hier

¹ Neben ideologischen Gründen gibt es einen oft übersehenen Grund, warum Terroristen und andere nicht-staatliche Akteure weniger abschreckbar sind als Staaten: anders als Staaten sind Terroristen geographisch weit verstreut. Um sie zu eliminieren, reicht es nicht aus, ihre Führungspersonen zu töten, denn Nachfolger sind leicht und schnell auszumachen. Feldman, „What We Owe Iraq“, S. 10f.

² Angesichts dessen, dass jede noch so komplette Liste von Terroranschlägen überholt ist, sobald dieser Text gedruckt wird, habe ich mich auf die bekanntesten der letzten Jahre beschränkt. Für eine detaillierte Auflistung von Terroranschlägen in der letzten Zeit, vgl. Dreist, „Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag“, S. 89-91.

in Europa und Deutschland kam es zu einer Reihe von Gesetzesmaßnahmen, die das Problem des Terrorismus adressierten.³

Besonders das Problem des Terrorismus aus der Luft wurde in Deutschland verstärkt ins öffentliche Bewusstsein gerufen, nachdem am 5. Januar 2003 ein geistig verwirrter Mann ein Sportflugzeug kaperte und damit das Bankenviertel in Frankfurt am Main umkreiste. Er drohte, das Flugzeug in das Hochhaus der Europäischen Zentralbank zu lenken, sollte ihm nicht ein Telefongespräch in die USA gewährt werden. Die ganze Innenstadt Frankfurts musste evakuiert werden. Menschen gerieten in Panik; die verantwortlichen Stellen standen kurzzeitig vor einer gewissen Ohnmacht.⁴ Die Luftwaffe umkreiste schließlich den Piloten und nachdem man auf seine Forderung einging, landete dieser und ließ sich widerstandslos festnehmen.

Dieser Zwischenfall verdeutlichte, dass die Rechtslage in einer solchen Situation alles andere als eindeutig ist. Weder die Frage, wer im Ernstfall einen Abschussbefehl auf ein Zivilflugzeug erteilen darf, noch die Frage, ob die Bundeswehr in solchen Fällen im Innern eingesetzt werden dürfe, war geklärt.⁵ Parlament und Bundesregierung beschäftigten sich eingehend mit diesen Fragen⁶ und der Deutsche Bundestag verabschiedete schließlich im Januar 2005 durch die Stimmen aus den Koalitionsparteien⁷ das Luftsicherheitsgesetz⁸, welches Sicherheitsmaßnahmen rund

³ Alleine in Deutschland kam es nach dem 11. September 2001 zu einer Vielzahl von Neuerungen. Wie Giemulla in „Das Luftsicherheitsgesetz“ die Lage zusammenfasst: „Dieses Umdenken [nach dem 11. September] resultierte in Deutschland zunächst im Terrorismusbekämpfungsgesetz (...) sowie der Einrichtung eines Nationalen Lage- und Führungszentrums – Sicherheit im Luftraum – das im Oktober 2003 in Kalkar/ Niederrhein eingerichtet wurde und den Flugraum über der Bundesrepublik Deutschland überwachen und einen Einsatz gegen ein terroristisch gelenktes Flugzeug, so genannte RENEGADE, koordinieren soll, und des Terrorismusabwehrzentrums, das Mitte Dezember 2004 in Berlin-Treptow als Koordinierungsstelle mit Beamten der Innenministerien des Bundes und der Länder sowie der Nachrichtendienste des Bundes und der Länder eingerichtet wurde und das präventiv Gefahrenlagen identifizieren und weitermelden soll.“ S. 342.

⁴ Michael Dröge, „Die Zweifel des Bundespräsidenten – Das Luftsicherheitsgesetz und die überforderte Verfassung“, S. 199.

⁵ Vgl. Jochen Bittner, „Bürger, frei zum Abschuss,“ Die Zeit vom 2.10.2003 Nr. 41; Vgl. Dreist, S. 93.

⁶ Dass der Zwischenfall der Auslöser, wenngleich nicht die Ursache, des Gesetzgebungsverfahrens zum Luftsicherheitsgesetz war, ist eindeutig: so wurde in der Gesetzesbegründung – BT-Drucks. 15/2361, S. 14 – ausdrücklich auf den Vorfall Bezug genommen.

⁷ Die FDP sprach sich gegen das Gesetz aus, da ihrer Ansicht nach ein verfassungswidriges Abwägen von Menschenleben stattfände. Die CDU/CSU sprachen sich aus diesem Grunde für eine Grundgesetzänderung aus.

⁸ Dass solche Gesetzesinitiativen unter massivem politischem Druck verabschiedet wurden, betont Giemulla, S. 29.

Es ist anzumerken, dass ich den vorgesehenen Abschuss des Luftsicherheitsgesetzes nach § 14 Absatz 3 mit dem Luftsicherheitsgesetz als Ganzes synonym verwende. Das ist wichtig zu betonen, da

um den Luftverkehr neu regeln sollte.⁹ Unter anderem sah das Luftsicherheitsgesetz vor, Angriffe aus der Luft, wie die am 11. September, dadurch zu verhindern, dass es dem Verteidigungsminister als äußerste Maßnahme erlaubte, „unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt“ gegen ein Flugzeug [zu autorisieren], „wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie [die Maßnahme] das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“ (§ 14 Absatz 3).¹⁰

Rechtlicher Hintergrund der Gesetzesinitiative

Der Gesetzgeber erkannte, dass es für eine solche Eingriffsermächtigung des Staates in die Grundrechte seiner Bürger einer Gesetzesgrundlage bedarf. Denkmodelle aus dem Strafrecht können schließlich aus inhaltlichen und formellen Gründen nicht vom Staat in Anspruch genommen werden.

Zunächst zum inhaltlichen Grund: Laut herrschender Meinung könne man den Abschuss nicht mit der Notwehr rechtfertigen. Schließlich greifen die Passagiere im Flugzeug niemanden an. Auch der defensive Notstand ist auszuschließen: Schließlich

schließlich nicht alle Elemente des Luftsicherheitsgesetzes für verfassungswidrig erklärt wurden und diese heute Gesetz sind. Wenn ich also vom „Luftsicherheitsgesetz“ spreche meine ich eigentlich bloß § 14 Absatz 3.

⁹ Für Kommentare zu den diversen Aufgaben des Gesetzes, vgl. Giemulla und auch Meyer „Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?“ ZRP 203; sehr eingehend auch Peter Dreist, „Einsatz der Bundeswehr im Innern – das Luftsicherheitsgesetz als Anlass zum verfassungsrechtlichen Nachdenken“.

¹⁰ Einige argumentierten, dass das Luftsicherheitsgesetz gar nicht die Tötung von Unschuldigen vorsehe. Das gehe aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht hervor. So Wolfgang Mitsch, „Die Legalisierung staatlich angeordneter Tötung von Terror-Geiseln“, Leviathan, S. 279 f. vgl. Mitsch, „Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG, (zu Meyer ZRP 2004, 203 und Hirsch, ZRP 2004, 273) in: ZRP 7/2005, 243. Giemulla, S. 339. Eine der Regierungsparteien, B'90/Grünen, stimmten dem Gesetz nur zu unter dem Vorbehalt, dass es sich in § 14 III LuftSiG nicht um das Töten der Passagiere handelt. (BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Abs.-Nr. 51) Andere bemerkten auch, dass im Gesetzesentwurf vermieden wird, welches Szenario die Gesetzgeber vor Augen hatten: „Wenn es die Bundesregierung für richtig hält, dann muss sie mit klaren Worten sagen, dass sie die Tötung der Passagiere rechtfertigen will, wenn der Verteidigungsminister den Umständen nach davon ausgeht, dass ohne deren Tötung andere Menschen gefährdet werden.“ Hirsch, ZRP 2004, S. 274. Auch wenn in der Tat im Gesetzestext nicht explizit von Unschuldigen die Rede ist, so ist es dennoch klar, dass der Gesetzgeber dieses Szenario vor Augen hatte: zum einen wäre eine rechtliche Regelung des Abschusses eines nur von Terroristen besetzten Flugzeuges nicht nötig, da diese durch Notwehrregelungen unproblematisch wäre. Zum anderen hatte der Gesetzgeber ein Szenario wie das des 11. Septembers vor Augen, in dem Flugzeuge zu Terrorbomben pervertiert werden. Es kann also kein Zweifel darüber bestehen, welches Szenario durch das Luftsicherheitsgesetz geregelt werden sollte. Vgl. Merkel, „Wenn der Staat Unschuldige opfert“, vgl. Klein, S. 74f. So auch Jochen Bittner, „Bürger, frei zum Abschuss“, Die Zeit vom 2. 10.2003. Wenn einige Parlamentarier absichtlich diese Dimension des Gesetzes unklar halten wollten, wie Mitsch, S.281 andeutet, dann ist das Schweigen über diesen kritischen Punkt des Gesetzes zutiefst unverantwortlich. Schließlich ist es die Aufgabe der Legislative, Gesetze zu schaffen, die Klarheit schaffen und nicht welche, die Nebulösität vermehren.

sind die Passagiere nicht schuldhaft Verursacher der Gefahr, sondern die Opfer der Flugzeugentführer. Um die Abwendung von Gefahren auf Kosten von völlig Unbeteiligten zu rechtfertigen, ist normalerweise die Rechtsfigur des aggressiven Notstandes da. Doch auch diese scheint nicht als Rechtfertigungsgrund zu dienen: schließlich ist niemand dazu verpflichtet, sein Leben für andere herzugeben – selbst wenn dadurch Millionen Menschen gerettet werden könnten¹¹ und auch wenn das Opfer nur eine Restminute zu leben hätte. Solche quantitativen und qualitativen Abwägungen werden vom Strafrecht absichtlich ignoriert.¹² Der rechtfertigende Notstand komme nach herrschender Meinung nicht in Frage, da bei einem Fall von Leben gegen Leben kein Überwiegen der geschützten Interessen vorliege.¹³ Als nächstes bleibt als Konzept eines Schuld- bzw. Verantwortungsausschlussgrundes der entschuldigende bzw. übergesetzliche Notstand: danach bleibt die Tat rechtswidrig, aber der Täter bleibt straflos, da ihm keine Schuld bzw. Verantwortung vorgeworfen werden könne;¹⁴ während beim

¹¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichtshofes zum sogenannten „Katzenkönigfall“, BGHSt 35, 347.

¹² Andererseits gibt es Stellen im Strafrecht, die darauf hinweisen, dass die Zahlen doch zählen. So schreibt Hilgendorf, „Tragische Fälle, Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand“: „Im deutschen Recht soll, so liest man oft, der numerische Faktor keinerlei Rolle spielen: Jedes Leben ist ein „Höchstwert“, so dass ein Leben genauso wertvoll ist wie das von 100.000 anderen Menschen zusammengenommen. Bei genauerem Hinsehen stellt man aber fest, dass auch im Recht der numerische Faktor eine Rolle spielen kann: So beruht etwa der besondere Unrechtsgehalt der Verwendung gemeingefährlicher Mittel auch auf der Tatsache, dass nicht nur ein einziges, sondern mehrere Menschenleben gefährdet werden. Bei der Strafzumessung wirkt die Tötung nicht nur eines, sondern mehrerer Menschen strafe erhöhend. Im Notstand schließlich tritt eine Rechtfertigungswirkung nicht ein, wenn der Täter z.B. eine Körperverletzung begeht, um ein Leben zu retten, wenn er durch die Begehung einer anderen Körperverletzung mehrere Leben hätte retten können. (Beispiel: A zielt in Tötungsabsicht mit einer Pistole auf einen Menschen, der daneben stehende B in ebensolcher Tötungsabsicht mit einem Maschinengewehr auf eine Gruppe von fünf Menschen. Beide sind im Begriff, den Abzug zu betätigen. C, der die Situation durchschaut, kann nur entweder A oder B beiseite stoßen und entscheidet sich für A.) Hier wird deutlich, dass für das Recht die Tötung von fünf Menschen eben doch „mehr wiegt“, also einen größeren Unrechtsgehalt aufweist als die Tötung eines einzigen Menschen.“ S. 123.

¹³ Einige jedoch vertreten die These, dass man den rechtfertigenden Notstand anführen kann, so z.B. Erb, MK § 34 Rdn. 118-121 (aufgrund „einseitiger Verteilung von Rettungschancen“) und Neumann, NK § 34 Rdn. 77, hinsichtlich der asymmetrischen Lebenschancen. (Neumann stellt jedoch die Bedingung, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit a) das Flugzeug gegen Menschenleben eingesetzt würde, b) die Flugzeuginsassen sowieso im Verlauf der Entführung sterben und dass c) durch das Auslassen des „Rettungsschusses“ die Lebensverlängerung der Passagiere nur geringfügig größer wäre.)

¹⁴ Die Gründe für die Entschuldigungsthese sind mannigfach: Einige begründen die Entschuldigungsthese mit dem Motivationsdruck des Täters, der daraus resultiert, dass er die Pflicht der Lebensbewahrung nur einhalten konnte, indem er das Leben anderer opfern musste. Aus einer solchen Situation heraus ergibt sich die nach § 35 StGB zugrunde zu legende Unrechtsminderung, die dadurch abgeleitet werden kann, dass Leben gerettet wurden, die beim „normalen“ Fortlauf der Dinge ebenfalls umgekommen wären. Andere jedoch, z.B. Roxin, begründen die Entschuldigungsthese nicht mit der Schuldlosigkeit des Verhaltens, sondern mit dem Konzept des Verantwortungsausschlusses.“ Roxin, AT 1, § 22 Rn. 151 s. Diskussion bei Sinn, „Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz-rechtmäßig?“, S. 598.

entschuldigenden Notstand dem Täter keinen Vorwurf gemacht werden kann, weil er in einer besonderen Nähe zur geretteten Person steht (meistens er selbst oder die seiner Angehörigen), um deretwegen er eine Dritte getötet hat, kann beim übergesetzlichen Notstand¹⁵ aus anderen Erwägungen dem Täter kein Vorwurf gemacht werden.¹⁶

Inwieweit der Staat das Konstrukt des entschuldigenden bzw. des übergesetzlichen Notstandes für sich in Anspruch nehmen kann, ist auch aus formellen Gründen in der Rechtswissenschaft umstritten.¹⁷ Während Individuen auf solche Konzepte zurückgreifen können, muss staatliches Handeln auf einer Ermächtigungsgrundlage basieren. Schließlich handelt es sich bei staatlichen Entscheidungsträgern nicht um „noch einmal davongekommen[e] Straftäter“¹⁸, sondern um politische Verantwortungsträger, die eine friedenssichernde Funktion haben und in dieser klar begrenzte Machtansprüche genießen. Will man also keine Ermächtigungsgrundlage per Gesetz schaffen, bleibt als letzter Rettungsanker nur noch die These vom „rechtsfreien Raum,“ nach der in einigen Grenzsituationen eine eindeutige rechtliche

¹⁵ Der übergesetzliche entschuldigende Notstand stammt bekanntlich aus dem Kontext der Euthanasie-Aktionen, in denen regimekritische Ärzte im „Dritten Reich“ *einige* Patienten auf Todeslisten setzten, um damit zu verhindern, dass regimetreue Ärzte sie ersetzen, die dann *alle* Patienten in den Tod schicken würden. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hat mit dem Urteil vom 5. März 1949 die Angeklagten freigesprochen. Für eine ausgezeichnete Diskussion zum historischen und dogmatischen Kontext, siehe Ladiges, „Die Bekämpfung nicht staatlicher Angreifer im Luftraum“, S. 480ff. Ich benutze den Begriff „Drittes Reich“ in Anführungszeichen, da es sich -- ähnlich wie „Reichskristallnacht“ -- um einen nationalsozialistischen Propaganda-Begriff handelt, der suggeriert, dass die Weimarer Republik kein angemessener deutscher Staat war.

¹⁶ Diese Darstellung ist eine Zusammenfassung der herrschenden Meinung zum Thema. Vgl. nur die Diskussion im Leipziger Kommentar (12. Aufl.), Rn. 345 f. (S. 324ff.), Tröndle/ Fischer, Rn.3, S. 271; Wiefelspütz, „Sicherheit vor den Gefahren des internationalen Terrorismus durch den Einsatz der Streitkräfte“, S. 69ff., Ladiges, S. 403ff.

¹⁷ Wie Sinn bemerkt, könne der Staat nicht auf die Entschuldigungsthese zurückgreifen, da diese nur für individuelles Handeln gelten könnte. Schließlich sei es so, dass „[n]ur auf Grund eines Gesetzes (...)in die[] Grundrechtsposition eingegriffen werden [dürfe]. Unstreitig ist, dass die staatlichen Eingriffsermächtigungen rechtfertigenden Charakter haben. Staatliches Handeln muss rechtmäßiges Handeln sein. Andernfalls würde der Staat die an seine Bürger gerichteten Normgeltungsansprüche selbst nicht erfüllen, würde er seine eigenen und die in Art. 20 III GG festgeschriebenen Existenzvoraussetzungen nicht ernst nehmen. Eine Eingriffsermächtigung zu rechtswidrigem Verhalten der Amtsträger ist ein nicht zu überbrückender Selbstwiderspruch.“ S. 590, Ebenso Giemulla, S. 338, 340-1, 368ff; auch Isensee, „Leben gegen Leben“, S. 211 schreibt: „Die strafrechtlichen Entschuldigungsgründe tragen der Subjektivität des Individuums Rechnung, den Grenzen seiner rechtlichen Belastbarkeit, den Interessenkollisionen, dem Eigennutz und Selbsterhaltungswillen. Dagegen bedarf der Staat keiner Entschuldigung, und er verdient sie auch nicht. Als Institution geht ihm die Subjektivität ab und damit jene legitime Schonung, wie sie die strafrechtlichen Entschuldigungsgründe üben. Die Exekutive, an Gesetz und Recht gebunden, verwirklicht das objektive Gesetz.“ Aus diesem Grunde verwundert es nicht, warum das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil ausschließlich die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Gesetzmäßigkeit des LuftSiG diskutiert hat, während es die strafrechtliche Bewertung völlig offen ließ.

¹⁸ Giemulla, S. 372.

Wertung nicht möglich ist und daher die Rechtsordnung sich zurückzieht; indem die Tat weder gerechtfertigt, noch für rechtswidrig erklärt wird, bleibt eine Lösung dem Gewissen des Tötenden überlassen.¹⁹ Aber auch dieses Konzept erscheint für einen Rechtsstaat unwürdig. Wie Archangelski es treffend bemerkte:

„[Es] muss um der friedenssichernden Funktion des Rechts willen immer eindeutig klar sein, was erlaubt ist und was nicht. Gerade in Situationen mit solch großen Maßstäben und erheblichem Verletzungspotential, in denen Hunderte von Menschenleben auf dem Spiel stehen, darf sich die Rechtsordnung nicht zurückziehen. Es zieht sich auch letztlich nicht „die Rechtsordnung“ zurück, da sie ja ein theoretisches Gebilde ist. Es ziehen sich vielmehr Rechtsgelehrte und Rechtsanwender zurück, die sich außerstande sehen, eine Entscheidung zu treffen.“²⁰

Ferner ist es politisch unverantwortlich, wenn man den Soldaten in dieser existentiellen Lage allein lässt. Wie Pawlik schreibt:

„Die Entscheidungsverantwortlichkeit des Gesetzgebers würde aber bis zur Unkenntlichkeit verzerrt, wenn die genannte Bestimmung als Ausprägung eines Rechtsinstituts interpretiert würde, das dazu bestimmt ist, der verzweifelten Lage und der Gewissensnot eines zum Handeln verurteilten Individuums Rechnung zu tragen (...).“

Ob die Ausführung eines solchen Befehls den Soldaten zugemutet werden könnte, wäre überaus fraglich. Das Ansinnen, Hunderte von unschuldigen Menschen in den Tod zu reißen, stellt schon für sich die Gehorsamkeitsbereitschaft des Untergebenen auf eine harte Probe. Dass dieser darüber hinaus aber, sobald er sich anschickt dem Befehl Folge zu leisten, von demselben Staat, dessen Verteidigungsminister den Abschuss befiehlt, als Urheber eines rechtswidrigen Angriffs abqualifiziert werden würde, wäre geradezu unerträglich. In einen derart massiven Wertungswiderspruch darf ein Rechtsstaat sich nicht verstricken.“²¹

¹⁹ Vgl. nur Kaufmann, „Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung“, S. 327ff. Schild, „Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes“, JA 1978, 449ff., auch Lindner, „Tragische Konflikte“; für eine Kritik, vgl. Archangelskij, „Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel eines von Terroristen entführten Flugzeugs“, S. 11ff., Ladiges, S. 482ff. Die Figur des rechtsfreien Raumes geht auf Johann Gottlieb Fichte zurück, der in seiner „Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre“ (§19 I) das Brett des Carneades diskutiert. S. 252ff. Dieses ist ein philosophisches Gedankenexperiment aus der Antike (benannt nach dem Philosophen Carneades), in dem zwei Ertrinkende auf eine Planke zuschwimmen, die nur eine Person tragen kann. Die Frage ist, ob der eine Schiffbrüchige den anderen von der Planke stoßen darf, um sein eigenes Leben zu retten. Die Frage wurde bereits seit der Antike bei Cicero (De Officiis [89] XXIII) diskutiert und findet in Kants Notstandslehre eine einflussreiche Entwicklung. Vgl. Joachim Hruschka, „Von Rechten, die keinen Richter haben“, S. 189ff., Wilfried Küper, „Immanuel Kant und das Brett des Carneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre“.

²⁰ Archangelskij, S. 20.

²¹ Pawlik, JZ 2004, 1045.

Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden und diese Rechtslücke zu schließen, beschloss der Bundestag am 11. Januar 2005 das Luftsicherheitsgesetz²², das eine Grundlage für die Rechtmäßigkeit des Abschusses in diesem Falle bieten sollte.²³

Ob das Gesetz verfassungsmäßig war, war von Anfang an äußerst umstritten. So ließ Bundespräsident Horst Köhler das Gesetz sehr lange prüfen. Als er schließlich in seiner verfassungsmäßigen Rolle das Gesetz unterschrieb, äußerte er Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des umstrittenen Paragraphen und schlug vor, es vom Bundesverfassungsgericht überprüfen zu lassen.²⁴ Dies geschah auch auf Initiative einer Verfassungsbeschwerde von sechs Beschwerdeführern, denen u.a. der frühere Bundestagsvizepräsident Burkhard Hirsch, der frühere Innenminister Gerhart Baum und ein professioneller Pilot angehörten.

Ein solches Verfahren ist ein sehr außergewöhnlicher Schritt.²⁵ Schließlich nimmt sich das Bundesverfassungsgericht solcher Fragen an, *nachdem* eine angebliche Grundrechtsverletzung geschah. Die Beschwerdeführer argumentierten jedoch, dass sie sowohl beruflich als auch privat oft mit dem Flugzeug verreisen und daher es nicht bloß eine theoretische Möglichkeit bliebe, dass sie von § 14 Absatz 3 betroffen werden. Ferner sei es in diesem Fall durch die Irreversibilität des Todes nicht möglich, eine Verfassungsbeschwerde einzureichen, nachdem es zum vorgesehenen

²² vgl. Archangelskij, S. 93; Wiefelspütz, 41f.

²³ vgl. die Bemerkung des damaligen Innenministers Schily: „Es wäre unredlich und unverantwortlich, einer Erklärung gerade in diesem extremen Fall auszuweichen. In unserer Demokratie kann nur die Politik eine derart schwere Verantwortung übernehmen.“ Deutscher Bundestag, 15. WP 89. Sitzung, 30.1.2004, S. 7883. So auch der SPD-Abgeordnete Dieter Wiefelspütz, der eine Nicht-Regelung als „Flucht aus der Verantwortung“ und „verantwortungslose und unwürdige Zumutung“ bezeichnete. Wiefelspütz, S. 41f., siehe auch Ladiges, S. 394f. Schlink sieht es in „An der Grenze des Rechts“, S. 36 anders; ebenso Stein, „Rechtssicherheit aus einer Hand“, S. 98; vgl. auch Dreist, „Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag“, S. 91f. und S.111f.

²⁴ Ein weiteres Problem bestand beim Einsatz der Bundeswehr im Innern, vgl. nur Dröge, „Die Zweifel des Bundespräsidenten“, S. 205f.; Paulke, „Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum“,; Hase, „Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als Hilfe bei einem Unglücksfall?“ S. 214f; auch Ladiges; Wiefelspütz, „Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz“, Stein, S. 85f.; Vgl. Linke, „Zur Rolle lese Art. 35GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben“, Lutze, „Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr“, Wilkesmann, „Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs“. Diese Frage wird in der vorliegenden Arbeit nicht thematisiert. Noch ist hier von Interesse, ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedurft hätte oder wie es vom Standpunkt des Völkerrechts zu bewerten ist. Hierzu Krings/Burkiczak, „Bedingt abwehrbereit?“, Jose Martinez Soira, „Polizeiliche Verwendung der Streitkräfte: Möglichkeiten und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Inneren“.

²⁵ Ob der Präsident ein solches Prüfungsrecht innehat, ist umstritten. Vgl. Model/Müller, Grundgesetz, 11. Aufl., 1996, Art. 82 Rn 4, zit. in: Mitsch, „Die Legalisierung staatlich angeordneter Tötung von Terror-Geiseln“, Leviathan, S. 279/280.

Abschuss gekommen sei. Die Verfassungsbeschwerde wurde also zugelassen und es wurde erwartet, dass das Bundesverfassungsgericht im Februar 2006 zum Thema sein Urteil sprechen würde.

Schon bevor das Urteil des BVerfG am 15. Februar 2006 gefällt war, wurde das Gesetz in juristischen, sowie populären Magazinen heftigst diskutiert. Dabei haben die meisten Autoren schon im Vorhinein prognostiziert, dass Karlsruhe das Gesetz kippen werde. Vor allem die Tatsache, dass nach § 14.3 es dem Staat gestattet werden solle, die Geiseln im Flugzeug zu töten, sahen die meisten als Grund dafür an, dass das Gesetz als verfassungswidrig und damit nichtig erklärt werde. Die meisten Kommentatoren lehnten das Gesetz strikt ab und bezeichneten es mit hochemotionalen Schlagwörtern, wie z. B. Rückfall ins "Mittelalter"²⁶ und einem einzigartigen "Tabubruch."²⁷

Andere hingegen nahmen eine nuancenreichere Haltung ein, indem sie schrieben, dass das Gesetz wohl zum jetzigen Zeitpunkt verfassungswidrig sei, jedoch es ein notwendiger Schritt in die richtige Richtung vom Parlament darstelle, über solche

²⁶ Burkhard Hirsch, zitiert in: Jochen Bittner, "Bürger, frei zum Abschuss," DIE ZEIT vom 3.11.2005. Hirsch begründet dieses Urteil mit der Behauptung: „Kein Rechtsstaat hat es bisher gewagt, seiner Polizei oder seinen Soldaten zu erlauben, die Opfer eines Verbrechens in wohlmeinender Absicht zu erschießen.“ ZRP 2004, S. 274. Ladiges hingegen betont, dass sich aus der Vorschrift des Art. 15 Abs. 2 EMRK, die seit 1953 als Bundesrecht gilt, ableiten lässt, dass die Tötung Unschuldiger als sichere Folge einer staatlichen Abwehrhandlung rechtens ist. Ladiges, S. 297f. Auch in der Diskussion um Abtreibung und Allokationsfragen zeigt Ladiges auf, dass §14 Abs. 3 LuftSiG keinen Bruch mit der deutschen Rechtstradition darstellt.

²⁷ Matthias Gies, "Lizenz zum Töten," Die Zeit, 4/2005. Wie Eric Hilgendorf in seinem exzellenten Aufsatz erklärt: „Darf das Flugzeug abgeschossen werden? Das ist eine Frage, die nicht nur biedere Normaljuristinnen und -juristen verunsichern und verstören kann. Die meisten Rechtsanwender, auch und gerade die Jurastudierenden, orientieren sich mit bemerkenswerter Entschlossenheit am „Normalfall“, der „herrschenden Meinung“ und dem Klipp-Klapp der bewährten Falllösung. Dass das Recht, und insbesondere das Strafrecht, auch mit existentiellen Grenzfragen zu tun haben kann, die tragische Entscheidungen erfordern, erscheint vielen unerhört.“ S. 109 Wie Hilgendorf weiter analysiert: „Eine((...))Ausweichtechnik, [um sich mit solchen Grenzfragen nicht beschäftigen zu müssen,] besteht darin, moralische oder rechtliche Leitbegriffe in die Debatte zu werfen, aus denen sich die Entscheidung „zwingend“ ergeben soll. Auch dies dient dazu, der eigenen Entscheidung auszuweichen. Beispiele für solche Leitbegriffe sind „Gerechtigkeit“, „Menschenwürde“ oder auch die „Menschenrechte“. Typischerweise wird behauptet, dass sich die Lösung des anstehenden Sachproblems zwingend aus einem „richtigen“ Verständnis des Leitbegriffs ergebe. Auf diese Weise wird versucht, der tragischen Entscheidung auszuweichen. Dieser Ausweg ist aber nur ein scheinbarer: Leitbegriffe wie die genannten zeichnen sich in aller Regel durch eine beträchtliche Unschärfe und Interpretationsoffenheit aus, die es erlaubt, das eigene Vorverständnis bequem zur Geltung zu bringen. Außerdem hat der Anwender in der Hand, die Begriffe nach Bedarf neu zu definieren. Wer dies durchschaut hat, wird der Berufung auf die hohen Werte unserer Rechtskultur zur Lösung juristischer Extremsituationen mit einiger Skepsis gegenüberstehen.“ S. 113-114 Auch Isensee meint knapp: „Das Argument der Menschenwürde lässt sich, wenn man in den Spuren des Bundesverfassungsgerichts geht, leicht überall anbringen.“, S. 221.

Fragen Rechtssicherheit zu erlangen. Da man sich vor der Realität, die das Gesetz zu regeln versucht, nicht drücken könne, müsse Rechtssicherheit erlangt werden.²⁸ Eine dieser wenigen Stimmen war Wolfgang Mitsch, der treffend bemerkte:

„Die Einräumung der Tötungserlaubnis in §14 Abs. 3 LuftSiG ist ein Schritt in rechtliches Neuland über eine rechtliche Grenze hinweg, die bisher als unüberschreitbar galt. Gewiss darf man das kritisieren. Wer immer das tut, sollte aber überlegen, wie er urteilen würde, trüge er selbst unmittelbar Verantwortung für das Katastrophenmanagement in einer Nine-Eleven-Situation. Zu hoffen, ein solcher Fall werde *hier* niemals Realität werden, ist nach allem, was wir in den letzten Jahren erlebt haben, keine seriöse politische Einstellung. Die Politik kann sich deshalb vor der Befassung mit dieser Thematik nicht drücken (...) In einem demokratischen Rechtsstaat muss die Last der Unlösbarkeit „vergesellschaftet“ werden, d.h. der Souverän selbst – das Volk – muss die Verantwortung für die Wahl der richtigen Entscheidungsalternative übernehmen.²⁹ Dies ist mit der Schaffung des §14 Abs. 3 LuftSiG geschehen. Der Gesetzesgeber hat gehandelt, und das ist prinzipiell gut so (...) [D]ie Regelung [bietet] Ansatzpunkte für inhaltliche und formale Korrekturen (...) Kritik, die sich in bloßer Ablehnung einer gesetzlichen Regelung erschöpft, verdient die Beachtung m. E. aber nicht.“³⁰

Eine andere Stimme war Stefan Huster, der im „Merkur“ schrieb:

„So sinnvoll eine konservative Strategie, die auf einem strikten Vorrang der individuellen Abwehrrechte beharrt und die staatlichen Organe zum Nichtstun verpflichtet, in der Regel sein mag, so ist es auch nicht auszuschließen, dass es manchmal ausnahmsweise vernünftiger ist, diesen Vorrang zu relativieren und Handlungsmöglichkeiten einzuräumen.

Man muss sich die Fallkonstellationen eben genau anschauen und klug überlegen. Dabei werden für den moralischen Common sense auch Aspekte von Bedeutung sein, die die rigoristische Position gar nicht berücksichtigen will, nämlich Anzahl, Dauer und Qualität der betroffenen Menschenleben. Darf es für die Entscheidung über den Abschuss tatsächlich gar keine Rolle spielen, ob es sich um einen vollbesetzten Jumbo oder eine fast, aber nicht ganz menschenleere Transportmaschine handelt? Wenn die Entführer ein Bürohochhaus ins Ziel genommen haben, sollte man vor der Entscheidung nicht überprüfen, ob es schon vollbesetzt ist oder nur einige Nachtwächter und Frühaufsteher anwesend sind? Und ist es vor allem plausibel, gar nicht in Rechnung stellen zu dürfen, dass im Falle eines Absturzes den Passagieren auch nur noch wenige, in Todesangst verbrachte Minuten bevorstehen?

Dass das Strafrecht davor zurückscheut, ein Opfer Unschuldiger jemals als rechtmäßig zu bewerten *whatever the consequences*, mag seine eigene Logik haben; es verhindert immerhin, dass sich der einzelne gegenüber seinen Mitbürgern allzu schnell Entscheidungsbefugnisse über Leben und Tod anmaßt. Aber das Luftsicherheitsgesetz ist in einem parlamentarischen Verfahren, nach Diskussion und Abwägung zustande gekommen. Man mag diese Regelung dann

²⁸ Wolfgang Mitsch, „Luftsicherheitsgesetz: die Antwort des Rechts auf den 11. September 2001“ JR Heft 7/2005, S. 274-279, Steen Olaf Welding, „Ist das Luftsicherheitsgesetz fragwürdig,“ S. 165ff.

²⁹ So auch Hilgendorf, S.113; ebenso Dreist, S.93.

³⁰ Wolfgang Mitsch, S. 274ff., zitiert aus S. 278f; Ebenso Dreist, S.114.

immer noch für falsch halten, aber es ist schwerlich ein moralischer Skandal, wenn sich eine politische Mehrheit dafür entscheidet, dass es zulässig sein kann, das Leben der entführten Passagiere zu verkürzen, um eine viel größere Anzahl von Menschenleben zu retten. Vielmehr dürfte diese Entscheidung mit dem moralischen Empfinden vieler Bürger übereinstimmen; und die vertragstheoretische Rekonstruktion zeigt, dass diesem Empfinden nicht ein kruder und rücksichtsloser Utilitarismus zugrunde liegt, sondern eine nachvollziehbare Klugheitswahl, die trotz ihrer egalitaristischen Prämissen Folgerwägungen nicht ignorieren muss.³¹

Es spricht daher viel dafür, dass das Luftsicherheitsgesetz in diesem Punkt auch dann nicht verfassungswidrig ist, wenn man alle staatspolitischen Ausnahmezustandsüberlegungen beiseite lässt. Mit dem Rigorismus unserer strafrechtlichen Notstandsregelungen und deren traditioneller Interpretation stimmt dieses Ergebnis allerdings nicht überein. Das spricht aber nicht gegen das Ergebnis, sondern gegen einen deplatzierten Rigorismus.³²

Solche Stimmen gehörten jedoch einer verschwindend geringen Minderheit an. Dementsprechend ist es nicht verwunderlich, dass das Gesetz von den wichtigsten Berufsjuristen des Landes abgelehnt wurde.

Jedoch hat das Gerichtsurteil die Debatte nicht beenden können. Gleich nach dem Urteil haben einige Politiker Revision des Gesetzes angekündigt und selbst heute, fast drei Jahre nach der Entscheidung, ist die Debatte immer noch nicht völlig zu Ende. Der Grund, warum dieser Fall so interessant ist – so interessant, dass sogar in nichtjuristischen Disziplinen Doktorarbeiten darüber geschrieben werden – hängt damit zusammen, dass das Urteil zentrale Fragen aus der Moralphilosophie, politischen Philosophie und Rechtstheorie aufwirft. So schrieb Wiefelspütz: „Das Luftsicherheitsurteil ist von erheblicher Bedeutung und Tragweite. Es hat die Qualität, eines Tages als klassischer juristischer Text gewertet zu werden... Das Urteil klärt eine Reihe von Streifragen, die insbesondere in der jüngeren Vergangenheit die rechtswissenschaftliche Literatur und die (rechts)politische Auseinandersetzung

³¹ Mehr hierzu, S. 70f.

³² Stefan Huster, „Zählen Zahlen? Zur Kontroverse um das Luftsicherheitsgesetz“, Merkur, S. 1050. Ebenso zustimmend, Isensee und Ladiges, und auch Hase, S. 218; Für eine Kritik, Klein, „Die vorsätzliche Tötung Unbeteiligter durch den Staat“, S. 80. Auch Dröge, S. 211 erkennt die Notwendigkeit an, das Problem zu konfrontieren: „§§ 13 ff. LuftSiG sind der Versuch des Gesetzgebers, einen verlässlichen Einsatzrahmen effektiven und robusten „air policings“ durch die Streitkräfte zu schaffen. Es ist nun am Bundesverfassungsgericht, den verfassungsrechtlichen Rahmen dieses Bemühens im Interesse der Rechtssicherheit zu konkretisieren. Es wird dem Rechnung tragen müssen, dass der Staat im Regelungsbereich der Einsatzoptionen des Luftsicherheitsgesetzes in einer „außergewöhnlichen Lage“ handelt. Man mag die Hoffnung haben, dass der normativ umschriebene Ausnahmezustand nie eintritt – und namentlich von §14 Abs. 3 LuftSiG nie Gebrauch gemacht werden muss –, die Zeit seines Verdrängens ist indes vorbei. Dies gilt nun gleichsam für das Verfassungsrecht ((...))“.

intensiv beschäftigt haben. Noch größere, ja überragende Bedeutung kommt freilich den Ausführungen des Gerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG zu.³³ Ein kurzer Blick auf die fast unüberschaubare Literatur zum Thema³⁴ suggeriert, dass Wiefelspütz mit dieser Einschätzung wohl Recht hat.

³³ Wiefelspütz, S. 59.

³⁴ Fuer eine Bibliographie zum Thema, vgl. Günther Jerouschek: „Nach dem 11. September: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschluß eines von Terroristen entführten Flugzeugs,“ in: Knut Amelung, u.a. (Hg.): „Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag“, S. 185ff.; Dreist, S.89 f., Ders., „Einsatz der Bundeswehr im Innern – Das Luftsicherheitsgesetz als Anlass zum verfassungsrechtlichen Nachdenken“, S.77 f.; Droege; Hartleb, „Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben“, S.1397 f.; Hase, S. 213 f.; Hilgendorf, S.107 f.; Ders., „Unser kümmerliches Floß ist immer noch überlastet“, FAZ vom 14. Februar 2005, S. 40; Paulke, „Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum im Spannungsverhältnis zwischen neuen Bedrohungsszenarien und den Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte im Innern unter besonderer Berücksichtigung des Luftsicherheitsgesetzes“; Laschewski, „Der Einsatz der deutschen Streitkräfte im Inland unter Berücksichtigung des neuen Luftsicherheitsgesetzes sowie aktuellen Initiativen zur Änderung des Grundgesetzes“; Hirsch, „Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?“ S.273 f.; Ders., „Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben: Bemühungen zur Abwehr des finalen Rettungstotschlags“, KritV 2006, S. 3ff., Ders., „Vorsätzliches Töten von Töttern und Opfern“, FAZ vom 4. März 2005, S. 9; Hobe: „Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Gefahrenabwehr im nationalen Luftraum: Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Februar 2006 (Az. 1 BvR 357/05), ZLW 2006, S. 333ff., Lepsius, „Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz“, S. 761ff.; Lindner, „Tragische Konflikte“, FAZ vom 15. Oktober 2004, S. 8, Niklaus: „Zum Abschuss freigegeben. Eine interpretative Mikro-Policy-Analyse des Sicherheitskonzeptes zur Abwehr terroristischer Gefahren aus dem Luftraum“, Prantl, „Feuer frei“ darf es nicht geben“, Süddeutsche Zeitung vom 2. Februar 2004, Höfling / Augsberg, „Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand“, JZ 2005, 1080 f., Huster, „Zählen Zahlen? Zur Kontroverse um das Luftsicherheitsgesetz“ in: Merkur Vol. 58 (2004), 1047 f., Kaiser, „Die Grenzen der Sicherheit – Zum Entwurf eines Luftsicherheitsgesetzes“, TranspR 2004, S. 353ff., Giumulla, „Das Luftsicherheitsgesetz“, S. 261ff., Ders., „Zum Abschuss von Zivilluftfahrzeugen als Maßnahme der Terrorbekämpfung“, ZLW 2005, S. 33ff., Ders./van Schyndel: „Luftsicherheitsgesetz“, Kommentar, 2006, Beestermöller, „Das Luftsicherheitsgesetz als Krisenindikator“, Die neue Ordnung, 2006, S. 296ff., Kersten, „Die Tötung von Unbeteiligten,“ in: NVwZ 2005, 661 f., Klein, „Die vorsätzliche Tötung unbeteiligter Personen durch den Staat,“ in: Recht – Kultur – Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußnug zum 70. Geburtstag, 71 f., Ders., „Das Gesetz zur Neuregelung der Luftsicherheitsaufgaben (LuftSiG) auf dem Prüfstand“, ZG 2005, S. 289ff., Gropp, „Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?, Ein Nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz, GA 2006, S. 284ff., Ladiges, Krings/Burkiczak, „Bedingt abwehrbereit?“ in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2002, 501 f., Ders., „Sicherer Himmel per Gesetz?“ NWVBl 2004, 249 f., Burkiczak, „Der praktische Fall – Das Luftsicherheitsgesetz“, VR 2004, S. 379ff., Ders., BverfG, Urteil vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 –, Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG, JA 2006, S. 500f., Ders., „Das Luftsicherheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht“, NZWehr 2006, S. 89ff., Sattler, „Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung – Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz“, NVwZ, 2004, S. 1286ff., Spranger, „Einsatz der Streitkräfte zur Abwehr terroristischer Bedrohungen im Luftraum, in: Fleck (Hg.), „Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte“, S. 183 ff.; Linke, NZWehr 2002, 115 f., Ders., „Verfassungswidrige Wahrnehmung luftpolizeilicher Aufgaben durch die Bundeswehr?“ DÖV 2003, 890 (892), Ders.: „Innere Sicherheit durch die Bundeswehr? Zu Möglichkeiten und Grenzen der Inlandsverwendung der Streitkräfte“, AöR Bd. 120 2004, S. 489ff., Ders., „Aufsichtsarbeit im Öffentlichen Recht: Das umstrittene Luftsicherheitsgesetz“, NWVBl. 2006, S. 71 ff., Lüderssen, „Kriegsrecht in Deutschland?“ StV 2005, 106 f., Ders., „Krieg gegen Terror: Die Logik des Luftsicherheitsgesetzes“, FAZ vom 18. Januar 2005, S. 37, Lutze, „Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr“, in: NZWehr 2003, 101 f., Martínez Soria, „Polizeiliche Verwendung und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Innern“, in: DVBl 2004, 597 f., Sittard/Ulbrich: „Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Das Luftsicherheitsgesetz“, JuS 2005, S.

432ff., Winkler, „Die Systematik der grundgesetzlichen Normierung des Bundeswehreinsetzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG“, DÖV, S. 149ff., Ders., „Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes“, in: NVwZ 2006, S. 536ff., Einiko/Thomas: „Tötungshandlungen beim Bundeswehreinsetz im Innern. Das Luftsicherheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht“, VBIBW 2006, S. 340ff., Reimer, „Die Schwäche des Rechtsstaats ist seine Stärke“, Anmerkung zu BVerfG Urt. vom 15.2.2006 (Luftsicherheitsgesetz), StudZR 2006, S. 601f., Einiko, „Der Bundeswehreinsetz im Innern und die Tötung Unschuldiger im Kreuzfeuer von Menschenwürde und Recht auf Leben“, in: Der Staat 45 2006, S. 501-546, Geiss, „Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3BIS of the Chicago Convention and the Newly Adopted German „Luftsicherheitsgesetz“, Michigan Journal of International Law, 27 2006, S. 227-256, Isensee, S. 205 ff., Gose, „Dambruch beim Luftsicherheitsgesetz“, Grundrechte-Report 2004, S. 174-179, Gramm, „Der wehrlose Verfassungsstaat? –Urteilsanmerkung zur Entscheidung des BVerfG zum LuftSiG vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05, DVBl. 2006, 433 –, DVB. 2006, S. 653ff., Ders., „Ein tragischer Held als letzter Ausweg? Verfassungsrechtliche Grenzen des Streitkräfteinsatzes im Innern“, GreifRecht, 2006, S. 82ff., Mager, „Terroristenbekämpfung zwischen Sicherheit und Freiheit“, Schütte, „Luftsicherheitsgesetz erlaubt finalen Rettungsabschuss. Air Policing – Störer- und Terrorbekämpfung durch die Luftwaffe auf der Grundlage des neuen Luftsicherheitsgesetzes“, DpolBl 2005, S. 15ff., Koch, „Tötung Unschuldiger als straflose Rettungshandlung?“, JA 2005, S. 745ff., Archangelskij, Meyer, „Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?“ in: ZRP 2004, 203 f., Mitsch, „Luftsicherheitsgesetz“ – Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“ JR 2005, 274 f., Ders., „Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG“, ZRP 2005, 243, Ders., „Die Legalisierung staatlich angeordneter Tötung von Terror-Geiseln“, S.279 f., Ders., „Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen. Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandssituationen“, GA 153 (2006), S. 11ff., Baldus, „Streikkräfteinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum“, NVwZ 2004, S. 1278ff., Ders., „Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand“, NVwZ 2006, S. 532 ff., Schenke, Die Verfassungswidrigkeit des §14 III LuftSiG, NJW 2006, S. 736ff., Spendel, „Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht, RuP 2006, S. 131ff., Starck: „Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, JZ 2006, S. 417ff., Tettinger, „Der Luftsicherheitseinsatz der Bundeswehr“, ZLW 2004, S. 334ff., Melzer/Haslach/Socher, „Der Schadensausgleich nach dem Luftsicherheitsgesetz“, NVwZ 2005, 1361ff., Hecker, „Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz“, KJ 2006, S. 179ff., Möller, „On treating persons as ends: the German aviation security act, human dignity, and the Federal Constitutional Court/ 2006 Public law: incorporating the British journal of administrative law 2006, S. 457ff., Gies, „Lizenz zum Töten“, DIE ZEIT, 4/2005, Odendahl, „Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemäßer Paradigmenwechsel?“, in: Die Verwaltung 2005, 425 f., Pawlik, „§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?“, JZ 2004, 1045 f., Ders., „Zum Abschluß frei. Das Bürgeropfer im Luftsicherheitsgesetz“, FAZ vom 19. Juli 2004, S. 29, Rettenmaier, „Das Luftsicherheitsgesetz – Bewährungsprobe für den grundrechtlichen Lebensschutz?“, VR 2006, S. 109ff., Baumann, „Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?“, DÖV 2004, S. 853ff., Ders., „Das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz der Streitkräfte“, Jura 2006, S. 447ff., Ders., „Der Schutz von Verfassungsorganen gegen terroristische Angriffe aus der Luft“, in DÖV 2006, S. 331-338, Hillgruber/ Hoffmann, „Mehr, als die Polizei erlaubt? Kann die Bundeswehr in NRW gegen terroristische Angriffe aus der Luft eingesetzt werden?“, BWVBl. 2004, S. 176ff., Pieroth / Hartmann, „Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung“, in: Juristische JURA 2005, 729 f., Schäuble, „Die neue Bedrohung und die Antwort des Notstandrechts“, in: EuGRZ 2005, 294 f., Schily, „Das Notstandsrecht des Grundgesetzes und die Herausforderungen der Zeit“ EuGRZ 2005, 290 f., Schlink, 34 f., Sinn, NSTZ 2004, 585 f., Stein, „Rechtssicherheit aus einer Hand?“, S.85 f., Welding, „Ist das Luftsicherheitsgesetz fragwürdig?“, in: Recht und Politik Vol. 41 (2005), 165 f., Bittner, DIE ZEIT, 3.11.2005, Merkel, „Wenn der Staat Unschuldige opfert“, DIE ZEIT, 8.7.2004, Wolff, „Der verfassungsrechtliche Rahmen für den Einsatz der Bundeswehr im Innern zur Terrorismusbekämpfung und zum Schutz ziviler Objekte“, ThürVBl 2003, 176 f., Wilkesmann, „Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs“, NVwZ 2002, S. 1316 ff., Wiefelspütz, NZWehr 2003, S. 45 ff., Ders., „Bundeswehr und innere Sicherheit“, NWVBl. 2006, S. 41ff., Ders., „Der Einsatz der Streikkräfte in inneren Krisen“, ZRP 2003, S. 140, Ders., „Der Auslandseinsatz der Bundeswehr gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus“, ZaöRV 2005, S. 819ff., Ders., „Landesverteidigung gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus“, Bundesverwaltung 2006, S. 49ff., Ders., „Art. 35 GG nach dem Luftsicherheitsurteil des Bundesverfassungsgerichtes – Vorschlag für eine Verfassungsänderung, Möllers/van Ooyen (Hg.),

Gegenstand, Aufbau und Methodik der Arbeit

In dieser Arbeit soll der Fall des Luftsicherheitsgesetzes als Prisma benutzt werden, um auf einige dieser Fragen einzugehen. Im ersten Teil wende ich mich der moralphilosophischen Frage zu: darf man töten, um andere zu retten? Diese Frage ist die substantielle in der Debatte, insofern sie sich mit einer konkreten normativen/materiellen Frage auseinandersetzt. Im Anschluss wende ich mich einer prozeduralen/institutionellen Frage zu, die für die politische Philosophie besonders von Bedeutung ist: wie soll ein Rechtsstaat mit Konfliktlagen dieser Art umgehen? Das Gericht schrieb, dass der Abschuss unter Umständen post factum entschuldigt werden könne, jedoch ex ante nicht rechtmäßig sei. Die Frage, die sich nun für die politische Theorie und Philosophie stellt, ist: wenn der Abschuss sowieso erfolgt, warum wird nicht versucht, im Vorhinein Rechtsklarheit zu schaffen? Einige argumentierten, dass ein solches Gesetz einem „Dammbruch“ (slippery slope) gleichkäme, insofern als dass der Staat „die Lizenz zum Töten“ bekäme. Andere hingegen schrieben, dass selbst wenn ein solcher Dammbruch ausbliebe, die Integrität unseres Rechtssystems verletzt würde, wenn ein solches Gesetz in unsere Rechtsprechung Einzug findet. Daher sei es besser, mit solchen Notlagen ad hoc umzugehen als den unmöglichen Versuch zu unternehmen, den Ausnahmezustand zu regeln. Diese Debatte um die institutionelle Frage schließt sich unmittelbar der rechtstheoretischen Frage an, die lautet: wann brauchen wir überhaupt Gesetze? Obwohl es im Allgemeinen bevorzugt wird, in einer Demokratie möglichst viel Rechtsklarheit zu haben, so könnten Umstände herrschen, in denen Intransparenz und Vagheit von Vorteil wären. Wenn es diese Umstände gibt, was wären solche? Leider wurde in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz nur die substantielle Frage diskutiert.

In der folgenden Arbeit wird zudem der Versuch unternommen, dieses Versäumnis nachzuholen. Dabei werde ich im Teil I der Arbeit auf die substantiellen Fragen zum Luftsicherheitsgesetz eingehen. Hierbei werde ich aufzeigen, dass das Szenario im Luftsicherheitsgesetz wenig mit utilitaristischem Denken zu tun hat und dass der

Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2006/2007, 2007, S. 237ff., Ders., „Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz“; siehe auch die mündlichen und schriftlichen Stellungnahmen im Rahmen der öffentlichen Sachverständigenanhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 26. April 2004 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung von Baldus, Bittlinger, Epping, Ipsen, Marzi, Robbers, Ronellenfisch, Scholz und Tettinger, BT-Protokoll 15/35.

Abschuss deontologisch begründet werden kann. Insofern eine Rechtfertigung für den Abschuss keinen moralischen Tabubruch darstellt, könnte man ihn auch für verfassungskonform erklären. Methodisch gehe ich hierbei induktiv vor, d.h. ich benutze eine Szenario-Methode, die auf die Rekonstruktion unserer moralischen Intuitionen abzielt. In Teil II der Arbeit gehe ich auf die institutionellen Bedenken ein: dabei werde ich zeigen, dass, nur weil man den Abschuss des Flugzeuges moralisch und rechtlich rechtfertigen kann, wir immer noch nicht wissen, ob man den Abschuss auch rechtlich qua Gesetzesgrundlage regeln sollte. Ich werde mehrere Modelle diskutieren, wie ein Rechtsstaat mit Notstandslagen umgehen kann und anschließend diese Modelle auf den Fall des Luftsicherheitsgesetzes anwenden. Hierbei wird zu konstatieren sein, dass die Frage, ob man das Szenario per Gesetz regeln soll, von empirischen Bedenken abhängt, die in Form des slippery slope Argumentes erscheinen. Das slippery slope Argument ist jedoch nur einer von vielen Faktoren, die wir zur Beantwortung der institutionellen Frage in Erwägung ziehen müssen.

Die These, die ich in dieser Arbeit zu entwickeln versuche, ist, dass der Abschuss eines gekaperten Flugzeuges durchaus moralisch und rechtlich zu rechtfertigen wäre, jedoch zum jetzigen Zeitpunkt der Rechtsstaat besser beraten ist, eine solche Situation nicht gesetzlich ex ante regeln zu wollen. Stattdessen spricht vieles dafür, solche Ausnahmefälle ex post durch die strafrechtliche Dogmatik des Lebensnotstandes zu regeln. Das heißt jedoch nicht, dass es nicht andere Situationen im Kampf gegen den Terrorismus geben könne, die durchaus gesetzlich ex ante geregelt werden sollten. Die folgende Arbeit ist eine Studie, die ich als Prisma benutzen werde und durch die ich auf das größere Problem, in welcher Form ein Rechtsstaat auf derartige Krisen und Herausforderungen reagieren soll, aufmerksam mache.

Ich hoffe, sie inspiriert den philosophisch Interessierten, aber vor allem den politischen Entscheidungsträger, über diese schwierigen Fragen nachzudenken.

Teil I

1. Das Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 15. Februar 2006

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz³⁵ im Wesentlichen zwei Punkte entschieden. Erstens, dass das Gesetz allein schon deshalb nichtig sei, da es dem Bund an Gesetzgebungskompetenzen fehle. Dieser könne nach Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG nicht über den Einsatz der Streitkräfte mit militärischen Waffen verfügen. Zweitens verstoße § 14.3 LuftSiG gegen das im Grundgesetz verankerte Recht auf Leben (Art. 2 GG) in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 GG, da nach dem Gesetz tatunbeteiligte Menschen geopfert werden, die zum Schutze anderer Menschen vom Staat als Mittel zum Zweck benutzt würden. Damit würde man den Menschen den Wert absprechen, der ihnen qua ihres Menschseins zusteht. Der Abschuss einer ausschließlich von Terroristen besetzten Maschine sei hingegen verfassungskonform. Eine Tötung der von den Aggressoren benutzten Geiseln jedoch niemals. Ob es nach dem Strafrecht notwendig sei, dass ein Soldat, der im Ernstfall zur Waffe greift, ex post verurteilt werden muss, wollte das Gericht nicht entscheiden. Noch sah sich das Gericht dazu veranlasst, darüber zu urteilen, ob es – wenn überhaupt – eine Aufopferungspflicht der Geiseln geben könne, um die Existenz des Gemeinwesens zu bewahren. Denn im Falle der Flugzeugentführung sei die Vernichtung der gesamten staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung nicht das Ziel der Terroristen.

Für unsere Darstellung ist lediglich der zweite Punkt von Bedeutung, ob § 14 Abs. 3 wirklich das Recht auf Leben verletze, sowie die mit Art. 2 GG verbundene Menschenwürdegarantie. Hier lohnt es sich auf die Argumente des Gerichtes genauer einzugehen.

Das Bundesverfassungsgericht verfolgt eine doppelte Begründung: erstens vertritt das Gericht seinen eigenen Standpunkt zur moralischen und rechtlichen Frage, wie der Abschuss zu bewerten sei. Anschließend geht es auf Hilfsüberlegungen anderer ein, um die Praktikabilität eines Abschusses in Frage zu stellen. Solche wären z. B., ob man eine Notlage vom Boden aus richtig einschätzen kann oder ob im Falle eines Abschusses lose Flugzeugteile Menschen am Boden verletzen könnten. Diese

³⁵ BvR 357/05

Überlegungen nenne ich aufgrund ihres kontingenten Wahrheitsgehaltes “empirische Bedenken.”³⁶ Nach diesen zwei Argumentationsabschnitten geht das Gericht auf mögliche Gegenargumente ein und versucht diese zu widerlegen.

³⁶ Es ist nicht ganz klar, warum das Gericht diese Doppelbegründung unternimmt. Schließlich würde angesichts der moralischen Bedenken bezüglich der Menschenwürde, jedes weitere Bedenken gegen das Gesetz überflüssig sein. Mit anderen Worten, selbst wenn empirische Bedenken allesamt unbegründet wären, würde es das Gesetz schließlich nicht verfassungskonform machen, da eine Verletzung der Menschenwürde das Gesetz automatisch verfassungswidrig machen würde. Moralische Überlegungen zur Menschenwürde sind nicht nur gewichtiger als empirische, sie sind im Gegensatz zu empirischen Überlegungen hinreichend, um ein Gesetz verfassungswidrig zu erklären. So auch Baldus, Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, in: NVwZ 2006, S. 533. Baumann, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitseinsatz der Streitkräfte, in: JURA 2006, S. 452 Warum macht sich das Gericht dann die Mühe auf diese empirischen Argumente dennoch einzugehen? Natürlich handelt es sich um eine gängige juristische Argumentationsstrategie. Aber man könnte diese Strategie auch anders bewerten. So schreibt Möllers:

„After emphatically declaring the shooting down of aircraft with innocent people on board a violation of human dignity, the Court could have left the question of the practical difficulties of implementing the law open, thereby making it even clearer that it was not willing to enter into any kind of balancing argument. The fact that it did not choose to base its decision on an independent reason may be an attempt to gain the approval of those who disagree with the Court’s reasoning in the dignity argument.“ Möllers, S.457ff.

Ferner schreibt Möllers, dass die moralische Diskussion des Gerichts über das philosophische Problem des Notstandes recht enttäuschend ist: “What could the Court have done instead? The ways to analyse the problem are countless, and a court with a vivid interest in moral puzzles could have enjoyed itself tremendously. The problem of whether it is permissible to kill some in order to save others from being killed is at the centre of much contemporary debate in moral theory.” S. 463.

Isensee sieht darin einen typischen Trend des Gerichts, der darin besteht, systembedrohliche Dilemmata zu leugnen. Er beschreibt diese Strategie des Gerichts wie folgt: “Es sei praktisch ausgeschlossen, dass es jemals eintreten werde; so sei es auch nicht angebracht, sich theoretisch darauf einzulassen. Dieses Argumentationsmusters bediente sich zuweilen die frühere katholische Moralthologie, um heikle Kollisionsprobleme (wie die medizinische Indikation in der Abtreibungsdebatte) abzuweisen. Heute bedient sich ihrer das Bundesverfassungsgericht. Die geflüsterte Leugnung des Ausnahmefalls von seiner empirischen Seite her ist eine Methode, der normativen Regel eine schwierige Bewährungsprobe zu ersparen und so ihre Akzeptanz zu stabilisieren.” S. 207. Er findet „die gerichtliche Spekulation über Fakten (...) von vornherein unschlüssig, daher müßig,“ denn „[w]enn von vornherein feststünde, dass die Norm niemals anwendbar wäre, erwiese sie sich als überflüssig, doch nicht schon deshalb als grundrechtswidrig. Aus empirischer Spekulation über künftige Sachverhalte ergeben sich keine normativen Argumente. Die Möglichkeit der Fehlentscheidung schließt die der richtigen Entscheidung nicht aus, die des Missbrauchs nicht die des korrekten Gebrauchs. Abusus non tollit usum. Wenn die Anwendbarkeit der Norm (...) praktisch auszuschließen wäre, erübrigte sich überhaupt die grundrechtliche Diskussion.“ S. 220. Isensee resümiert, „[d]as Bundesverfassungsgericht (...) versäumt es, das Problemlösungspotential der Dogmatik des Gefahrenabwehr- und des Strafrechts zu nutzen. Es bleibt unter deren juridischem Niveau.“ S. 219.

Auch wenn diese Bemerkungen m. E. plausibel sind, so muss man nicht so weit gehen und über die möglichen Motivationen des Gerichts spekulieren. Es reicht jedoch zu bemerken, dass die Erwähnung dieser empirischen Bedenken keineswegs selbstverständlich ist und dass sie bezeichnenderweise viel mehr Platz einnehmen als die Bemerkungen zu den moralischen Fragen. Dies ist interessant: schließlich sollte man erwarten, dass moralische-normative Fragen einen größeren Begründungsbedarf haben als empirische. Während man bei den letzteren den Wahrheitsgehalt testen kann, bedarf es bei der Beantwortung ersterer der Überzeugungskraft der besseren Argumente -- besonders dann, wenn man bei solch komplexen Szenarien so eine kategorische Sprache verwendet, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil getan hat. Da man schließlich über normative Fragen eher unterschiedlicher Ansicht sein kann als über empirische, sollte man eine nuanciertere und daher längere Argumentation erwarten können.

2. Moralische Bedenken

Im Einzelnen schrieb das Gericht über die jeweiligen rechtlich-moralischen Fragen relativ wenig. Bezüglich des Rechts auf Leben bemerkt es, dass dieses nur innerhalb des Rechts verwirklicht werden kann und unter Gesetzesvorbehalt steht. Insofern Gesetze mit dem Recht auf Leben in Konflikt stehen, müssen diese in Verbindung mit der eng verknüpfenden Menschenwürde bewertet werden, denn “[d]as menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert.”³⁷ Diese enge Verbindung zwischen dem Recht auf Leben und der Menschenwürde gibt dem Gericht Anlass, sich im Folgenden auf die Menschenwürde zu konzentrieren.

Hierbei bemerkt das Gericht, dass es nicht nötig sei, eine genaue Definition des vagen Konzeptes der Menschenwürde zu geben und dass es hinreichend sei, das Konzept fallspezifisch zu deuten.³⁸ Danach zitiert das Gericht ein früheres Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Menschenwürde, welchem die einflussreiche Objektformel von Dürig³⁹ zugrunde liegt:

„Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden, schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen. Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt, indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt.“⁴⁰

Nachdem es diese Doktrin näher bestimmt hat, überträgt das Gericht diese auf das Szenario im Luftsicherheitsgesetz:

³⁷ BvR 357/05 Abs. 119.

³⁸ Was diese Verpflichtung [die Würde des Menschen zu schützen] für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen... Schlechthin verboten ist...jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt, indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt. Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann. “ BvR 357/05 Abs. 120,121.

³⁹ Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, S. 127.

⁴⁰ BvR 357/05, Abs. 121.

“In der Situation, in der sich diese Personen in dem Augenblick befinden, in dem die Anordnung der unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf das in den Luftzwischenfall verwickelte Flugzeug (...) erfolgt, muss (...) davon auszugehen sein, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll (...). In dieser Extremsituation (...) sind Passagiere und Besatzung 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 (...) greift, behandelt sie als Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer (...). Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise zu beherrschenden Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie (...) gezielt abgeschossen und (...) getötet werden. Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.”⁴¹

Dies ist schon alles, was das Gericht zur moralischen Bewertung zu sagen hat.

3. Empirische Bedenken

In den nächsten Paragraphen geht das Gericht auf *empirische* Bedenken ein, d.h. praktische (im Gegensatz zu normativen) Überlegungen, warum das Luftsicherheitsgesetz für nichtig erklärt werden müsse. Zum einen schreibt das Gericht, dass die Lage im Flugzeug vom Boden aus schwer auszumachen sei. Ob die Bedingungen, die vom Gesetz erfüllt werden müssen, um den Abschuss anzufordern, wirklich erfüllt seien, ließe sich schwer erkennen. Die Kommunikation zwischen Pilot, Cockpit und Menschen am Boden sei fehleranfällig. Zum anderen wisse man nicht, wie viel Schaden die durch den Abschuss verursachten Flugzeugteile am Boden anrichten würden.⁴² Da Deutschland ein ziemlich kleines Land mit wenig Überfluggebiet sei, würde es im Ernstfall kaum Zeit geben, um eine wohldurchdachte Entscheidung treffen zu können. Vielmehr würde man unter Zeitdruck zu hastig reagieren und nicht auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse.⁴³

⁴¹ BvR 357/05 Abs. 123-124.

⁴² Wie Meyer erinnert, beim Lockerbie-Fall wurden 11 Menschen von abstürzenden Flugteilen getötet und 21 Gebäude zerstört. „Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?“ ZRP 2004, S. 207. Auch Giemulla nimmt in seinem Kommentar auf diesen Vorfall Bezug, S.22.

⁴³ Wie Isensee bemerkt ist diese Argumentation widersprüchlich: „Die Annahme des Gerichts, dass die Ermächtigung zum Abschuss in praxi so gut wie nicht anwendbar wäre, steht in Widerspruch zu seiner Annahme, mit der es die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde begründet, dass die

Nach den empirischen Einwänden ging das Gericht noch relativ kurz auf mögliche Einwände ein, die Befürworter des Gesetzes eingebracht hatten. So schrieb das Gericht, dass es eine „unrealistische Fiktion“ sei, dass Passagiere, die sich in einem entführten Flugzeug befänden und somit keine realistische Überlebenschance mehr hätten, einem lebensrettenden Abschuss zustimmen würden.⁴⁴ Auch die Tatsache, dass die Passagiere sowieso “dem Tode geweiht” seien und man ihre Lebenszeit durch einen Abschuss nur unwesentlich verkürzte, wurde als irrelevant bezeichnet. So schrieb das Gericht kategorisch:

„Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz. Wer dies leugnet, verwehrt denjenigen, die sich wie die Opfer einer Flugzeugentführung in einer für sie alternativlosen Notsituation befinden, gerade die Achtung, die ihnen um ihrer menschlichen Würde willen gebührt.“⁴⁵

Auch die Idee, dass die Passagiere, indem sie als Waffe instrumentalisiert werden, auf der Seite des Unrechts stehen und daher einen Angriff erdulden müssten, wurde vom Gericht mit den Worten verworfen:

„Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht die Annahme, wer an Bord eines Luftfahrzeuges in der Gewalt von Personen festgehalten werde, die das Luftfahrzeug im Sinne des § 14 Abs. 3 LuftSiG als Tatwaffe gegen das Leben anderer Menschen einsetzen wollen, sei selbst Teil dieser Waffe und müsse sich als solcher behandeln lassen. Diese Auffassung bringt geradezu unverhohlen zum Ausdruck, dass die Opfer eines solchen Vorgangs nicht mehr als Menschen wahrgenommen, sondern als Teil einer Sache gesehen und damit selbst verdinglicht werden. Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und der Vorstellung vom Menschen als einem Wesen, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und das deshalb nicht zum reinen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf, lässt sich dies nicht vereinbaren.“

Eine andere Argumentation, nämlich dass es eine Solidaritätspflicht für das Individuum gibt, sein Leben zu opfern, wenn dies die einzige Möglichkeit sei, die Existenz des Gemeinwesens zu retten, wurde vom Gericht nicht akzeptiert. Es weigerte sich damit, darüber nachzudenken, ob und unter welchen Umständen es eine solche Pflicht geben könnte:

Beschwerdeführer „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ durch Maßnahmen, die in der angegriffenen Norm berührt würden, also selbst und gegenwärtig in ihren Grundrechten betroffen würden. Das Gericht begnügt sich mit der Versicherung der Beschwerdeführer (...), dass sie aus privaten und beruflichen Gründen häufig zivile Luftfahrzeuge benutzen.“ S. 220.

⁴⁴ BvR 357/05 Abs. 131.

⁴⁵ BvR 357/05 Abs. 132.

“Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern, wenn es nur auf diese Weise möglich ist, das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen Zusammenbruch und Zerstörung abzielen, führt ebenfalls zu keinem Ergebnis. Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen dem Grundgesetz über die mit der Notstandsverfassung geschaffenen Schutzmaßnahmen hinaus eine solche solidarische Einstandspflicht entnommen wird.”⁴⁶

Dies sei so, da schließlich im Falle der Flugzeugentführung nicht der Fortbestand des Staates in Gefahr stünde.⁴⁷ Als letztes wurde das Argument verworfen, dass es schließlich auch von staatlicher Seite eine Schutzpflicht gegenüber den Menschen auf dem Boden gebe, die sterben würden, sollte das Flugzeug nicht abgeschossen werden. In einem zirkulären Argument schrieb das Gericht, dass es zwar eine solche Pflicht gebe, jedoch nur dann, wenn dieses auf verfassungsmäßiger Grundlage geschehe. Da jedoch das Luftsicherheitsgesetz verfassungswidrig sei, da es die Menschenwürde verletze, wäre eine solche Pflicht gegenüber den Menschen am Boden nicht gegeben.⁴⁸

4. Hintertüren

Schlussendlich räumt das Gericht an zwei Stellen ein, dass der Staat nicht unter allen Umständen gänzlich hilflos dem Unrecht zusehen muss. Zum einen schreibt das Gericht, dass der Abschuss des Flugzeuges erfolgen kann, wenn das Flugzeug leer oder nur von den Terroristen besetzt ist. In dieser vergleichsweisen ausführlichen Passage schreibt das Gericht, dass in diesem Falle der Abschuss die Menschenwürde nicht verletzen würde, da schließlich die Terroristen nicht als bloßes Objekt behandelt werden:

⁴⁶ BvR 357/05 Abs. 135.

⁴⁷ BvR 357/05 Abs. 135-136.

⁴⁸ BvR 357/05 Abs. 137-139. Es ist zirkulär, da schließlich das Gericht selbst zu bestimmen hat, was als verfassungskonform gilt. So betont auch Ladiges: „Die Argumentation, die Schutzpflicht könne nur innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens ausgeübt werden, kann nicht überzeugen, da es gerade darum geht, wie dieser verfassungsrechtliche Rahmen zu definieren ist. Kommt man zum Schluss, dass der staatlichen Schutzpflicht in bestimmten Situationen der Vorrang gebührt, so würde sich der verfassungsrechtliche Rahmen verändern. Die Begründung ist daher in diesem Punkt zirkelschlussartig.“ S. 377. Auch Isensee stimmt dem zu: „[E]rst die Diskussion der Schutzpflicht [der Menschen am Boden] kann erweisen, ob das einzige Mittel zur Rettung zulässig ist oder nicht. Eben diese Diskussion findet nicht statt. Das Gericht erspart sie sich, weil es den Abschuss als Verstoß gegen die Menschenwürde deutet und damit ein juridisches Denkverbot aufrichtet und weitere Erwägungen über das, was „unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG schlechterdings unvorstellbar“ ist, abschneidet. Die Ratio denkt ab vor dem Tabu.“ S. 226 Auch Ladiges bemerkt: „Die Argumentation mit einem Menschenwürdeverstoß scheint ein Versuch zu sein, die Diskussion um die Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten im Keim zu ersticken.“ S. 352.

„Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, 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 in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, 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.“⁴⁹

Insofern in diesem Szenario die Menschenwürde nicht verletzt werde, würde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewendet werden. So sei der Abschuss zwar eine Einschränkung eines Grundrechts – das Recht des Lebens der Passagiere – jedoch sei der Abschuss verhältnismäßig. Schließlich haben die Terroristen selbst diese Lage hervorgebracht und es sei bis zuletzt in ihrem Vermögen, ihren Plan aufzugeben und den Abschuss zu verhindern.⁵⁰

Zum anderen öffnet das Gericht eine andere Hintertür, für den Fall, dass das entführte Flugzeug doch Passagiere mit an Bord hat. So merkt das Gericht an, dass es nicht darüber urteilen wolle, wie der Abschuss, trotz der im Urteil artikulierten Rechtsprechung, strafrechtlich bewertet werden soll.⁵¹ Manche haben diese Passage so interpretiert, dass, wenn es tatsächlich jemals zu einem Abschuss eines Passagierflugzeuges käme und sich dieser als lebensrettende ultima ratio Maßnahme herausgestellt hätte, die Person, die den Abschuss ausgeführt hat, nicht notwendigerweise dafür strafrechtlich verfolgt werden müsse.⁵²

Die Tat wäre zwar immer noch vom Standpunkt des Grund- und Strafrechtes illegal, allerdings könnte die Tat gemäß der strafrechtlichen Dogmatik des Notstandes *entschuldigt* werden, d.h. der Täter würde nicht für sein rechtswidriges Handeln bestraft werden.⁵³

⁴⁹ BvR 357/05 Abs. 141.

⁵⁰ BvR 357/05 Abs. 144-153.

⁵¹ BvR 357/05 Abs. 130.

⁵² Möller, S. 461, Ebenso Giemulla, S. 374.

⁵³ Dies ist wohl die richtige Lesart des Urteils. Wie der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Hans-Jürgen Papier, in seinem Vortrag „Freiheit versus Sicherheit – Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus“ den Kern des Urteils beschrieb: „Zusammenfassend ist also festzustellen, dass deutlich zu unterscheiden ist, ob bei einem Flugzeugabschuss nur die Täter oder Entführungsoffer sterben würden. Letzterer Fall kann auch vom Gesetzgeber nicht legalisiert werden. Klarzustellen ist dabei, dass das Bundesverfassungsgericht nur über die Verfassungswidrigkeit

Mit anderen Worten, ein Individuum könnte für einen möglichen Abschuss entlastet werden, aber dies könne nicht das richtige Handeln des Staates sein. Dies hat mit der Natur von Gesetzen zu tun: während der Staat nur das machen darf, was ihm explizit durch das Gesetz geboten ist, darf ein Individuum machen, was ihm nicht verboten ist. Und in manchen Fällen, in denen ein Schuld- bzw. Verantwortungsausschluss beim Individuum feststellbar ist, könne ihm sogar seine rechtswidrige Tat nachgesehen, d.h. entschuldigt werden.

Der Staat könne jedoch nicht auf die Entschuldigungsthese zurückgreifen, da „die staatlichen Eingriffsermächtigungen rechtfertigenden Charakter haben. Staatliches Handeln muss rechtmäßiges Handeln sein. Andernfalls würde der Staat die an seine Bürger gerichteten Normgeltungsansprüche selbst nicht erfüllen, würde er seine eigenen und die in Art. 20 III GG festgeschriebenen Existenzvoraussetzungen nicht ernst nehmen. Eine Eingriffsermächtigung zu rechtswidrigem Verhalten der Amtsträger ist ein nicht zu überbrückender Selbstwiderspruch.“⁵⁴

der gesetzlichen Abschussermächtigung entschieden hat, nicht aber über die Strafbarkeit konkreter Amtswalter im Falle eines (verfassungswidrigen) Abschusses mit Todesfolge. Angesichts einer Gewissensnotlage bei der Entscheidung zwischen dem Tod unschuldiger Passagiere einerseits und ebenso unschuldigen möglichen Opfern auf dem Boden andererseits kann sich in einem Strafprozess die Frage stellen, ob ein Strafbedürfnis besteht, ob die persönliche Schuld ausgeschlossen oder ob die Strafe zu mildern ist. Diese heikle und losgelöst vom Einzelfall nicht zu lösende Problematik einer übergesetzlichen Entschuldigung oder eines individuellen Strafmilderungsgrundes konnte ersichtlich nicht Gegenstand der an das Bundesverfassungsgericht herangetragenen Verfassungsbeschwerden sein. Sie kann aber auch nicht durch eine allgemeine gesetzliche Regelung gelöst werden.“ S. 13 vgl. auch Isensee, S. 232: „An sich hätte sich das Bundesverfassungsgericht die Worte über die vermiedene strafrechtliche Beurteilung sparen können. Denn diese waren nicht entscheidungserheblich. Doch die Bemerkung lässt sich als Wink mit dem Zaunpfahl deuten: dass sich der Ernstfall eben außerhalb der Verfassung lösen lasse. Das bestätigte der Berichterstatter des Verfahrens...“ Diese Lesart ist nicht die einzige, die vorstellbar ist: die andere Lesart, die weniger zwischen den Zeilen liest, könnte das Urteil so verstehen, dass der Abschuss unter allen Umständen zu unterlassen sei. Somit wäre die Welt nach dem Urteil eine schlechtere, da sie keinen – nicht einmal einen außerhalb der Verfassung – Abschuss zuliesse. Was vorher noch als ultima-ratio eventuell entschuldbar gewesen wäre, ist es nach dem Urteil definitiv nicht. Nach dieser „[verbietet] ein Verfassungsgericht ohne forensischen Entscheidungszwang, jenseits einer konkreten Gefahrenlage, bloß aufgrund eines imaginären Einzelszenarios eine mögliche Not-Lösung (...) und [verwehrt] sogar dem verfassungsändernden Gesetzgeber den Zugriff.“ Isensee, S. 234. Für eine solche Lesart, vgl. nur Winkler, Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes, in: NVwZ 2006, S. 538 und Rettenmaier, Das Luftsicherheitsgesetz – Bewährungsprobe für den grundrechtlichen Lebensschutz VR 2006, S. 109, 113 („Die nüchterne juristische Analyse... führt zu einer eindeutigen Antwort: Der Staat muss tatenlos zusehen.“).

⁵⁴ Sinn, S. 590. Giemulla hat es so ausgedrückt: „Der Staat braucht für sein Handeln Ermächtigungsgrundlagen und keine Entschuldigungsgründe.“ Schließlich sollten sich „Entscheidungsträger und Ausführende((...))nicht zu gerade noch einmal davongekommenen Straftätern“ machen lassen. S. 372, siehe Diskussion oben, S. 11

2. Der doktrinelles Hintergrund des Gerichtsurteils

1. Der doktrinelles Hintergrund

Wie ich im Folgenden argumentieren werde, hat das Gericht sich auf frühere Doktrinen verlassen, die die herrschende Meinung in den Rechtswissenschaften anzeigen. Dennoch bedeutet dieses nicht, dass wir es mit besonders geeigneten Doktrinen zu tun hätten. Wie ich weiter unten darstellen werde, hat der Fall der Flugzeugentführung nicht viel damit zu tun, dass Menschen als Mittel zum Zweck behandelt werden. Die Debatte, die um das Gesetz hätte geführt werden müssen, hat im Grunde genommen nichts mit dem alten Streit zwischen Utilitarismus und Deontologie zu tun. Wie ich ausführlich darstellen werde, ist der Fall im Luftsicherheitsgesetz relativ unproblematisch. Es werden weder aufgrund quantitativer noch qualitativer Überlegungen Menschenleben gegeneinander abgewogen, noch werden Menschen als bloßes Mittel zum Zweck benutzt. Mit anderen Worten: die Annahme, die Menschenwürde der Passagiere werde verletzt, weil derartige Abwägungen getroffen werden, läuft ins Leere. Sobald moralisch klar wird, warum keinerlei Abwägungen im Szenario des Luftsicherheitsgesetzes getroffen werden, muss auch die rechtliche Bewertung anders ausfallen. Nämlich, dass nach den Kriterien des Gerichts die Menschenwürde der Passagiere nicht verletzt wird und dass der Abschuss demnach, wie jede andere Grundrechtseinschränkung, nach der Methodik des Verhältnismäßigkeitsprinzips bewertet werden kann. Wie ich aufzeigen werde, ist dies möglich und infolgedessen hätte §14.3 LuftSiG durchaus verfassungskonform sein können.

2. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Urteil befasste sich inhaltlich vor allem mit Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes. Artikel 1 besagt, dass die Menschenwürde unantastbar und ihr Schutz Verpflichtung aller staatlichen Gewalt sei. Artikel 2 besagt, dass jeder ein Recht auf Leben hat. Jedoch ist dieses Recht mit einem Gesetzesvorbehalt verbunden, nach dem das Recht auf Leben innerhalb des Gesetzes eingeschränkt werden könne.⁵⁵

Ohne Gesetzeslage darf der Staat in die Grundrechte seiner Bürger nicht eingreifen. Schließlich ist es ein Prinzip des Rechtsstaates, dass der Staat nur das darf, was ihm

⁵⁵ vgl. Klein, S. 76f., Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem, NVwZ 2004, S. 803 f.

erlaubt ist, während seine Bürger alles dürfen, was nicht verboten ist. Gesetze haben insofern eine wichtige Funktion, was die Grenzziehungen der Machtverhältnisse in einem Staat angeht.⁵⁶

Der Gesetzesvorbehalt bedeutet, dass das Recht auf Leben kein absolutes ist. Sehr strikt gesprochen kann der Staat Menschen töten, solange ein Gesetz ihn dazu autorisiert. Um eine solche Willkür zu vermeiden, kommt hier das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ins Spiel. Dies besagt, dass eine Grundrechtseinschränkung nicht nur gesetzlich legitimiert sein, sondern auch verhältnismäßig sein muss. Verhältnismäßigkeit bedeutet, dass die Einschränkung einem legitimen Zweck dienen muss, sie die am wenigsten restriktive vorhandene Maßnahme ist und dass ihr Eingriff in ein Grundrecht deutlich durch die resultierenden Vorteile aufgewogen werden muss.⁵⁷

Wenn wir diese Überlegungen auf das Luftsicherheitsgesetz übertragen, scheint das Gesetz verfassungskonform zu sein.⁵⁸ Zumindest in den Fällen, wo beim Abschuss mehr Menschen gerettet als getötet würden. Warum kam es dennoch zur Verfassungsbeschwerde, die letztlich zum Urteil führte?

Wie die herrschende Meinung zum Thema besagt, kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht in Fällen angewendet werden, in denen die Menschenwürde und das Recht auf Leben eingeschränkt würde. Hierbei verließen sich die Beschwerdeführer auf eine Doktrin im Strafrecht, nach der man Menschenleben niemals gegeneinander aufrechnen darf. In diesem Sinne sei es verboten, eine geringe Anzahl von Menschen zu töten, um eine größere Menge zu retten. Der Grund hierfür liegt in der von der Verfassung garantierten Menschenwürde.

⁵⁶ so auch Klein, S. 78.

⁵⁷ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, siehe BVerfGE 90, 145, BVerfGE 83, 1, BVerfGE 67, 157, BVerfGE 30, 292, Horst Dreier, „Grundgesetz: Kommentar“ (Mohr Siebeck 2004), Vorb. Rn. 144-150, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 179-186, Michael Sachs, „Grundgesetz: Kommentar“ (München, Beck 2007), Art. 20 Rn. 145-157, Christian Starck „Kommentar zum Grundgesetz,“ (Verlag Franz Vahlen, München, 2005), Art. 1 Abs. 3 Rn. 277-286, Art. 2 Abs. 1 Rn. 21-32, Art. 20 Abs. 3 Rn. 308-320

⁵⁸ Ladiges, S. 361f.

Es ist lohnenswert, auf eine interessante sprachliche Unterscheidung aufmerksam zu machen, die das Aufrechnungsverbot bei Menschenleben unterstreicht: anders als andere Grundrechte ist die Menschenwürde nicht „unverletzlich“, sondern „unantastbar.“ Während erstere im Prinzip durch ein Gesetz eingeschränkt werden darf, solange dieses gerechtfertigt ist, könne letzteres unter gar keinen Umständen beeinträchtigt werden; eine reine „Antastung“ der Menschenwürde käme einer Verfassungswidrigkeit gleich.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht von der Menschenwürde stets als höchstem Wert gesprochen.⁶⁰

Es ist unschwer zu erkennen, wie radikal das Konzept ist, ein Grundrecht unantastbar zu machen. Auch wenn man das Leben (und die damit einhergehende Würde) anderer Menschen retten könnte, wäre ein Eingriff in die Würde eines Einzelnen nicht erlaubt. Das Gericht hat diese Radikalität affirmiert, indem es schrieb:

„Die Anordnung und Durchführung der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt...lässt außer Betracht, dass auch die in dem Luftfahrzeug festgehaltenen Opfer eines Angriffs Anspruch auf den staatlichen Schutz ihres Lebens haben. Nicht nur, dass ihnen dieser Schutz seitens des Staates verwehrt wird, der Staat greift vielmehr selbst in das Leben dieser Schutzlosen ein. Damit missachtet jedes Vorgehen nach Paragraph 14 Abs. 3 LuftSiG...die Subjektstellung dieser Menschen in einer mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise... *Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten.*“⁶¹

Reinhard Merkel schrieb im Vorfeld des Urteils noch deutlicher:

“Es ist ausgeschlossen, rechtmäßig unbeteiligte Dritte zu töten, um das eigene oder das Leben anderer, und wären es Millionen, zu retten.“⁶²

⁵⁹ vgl. Höfling/ Augsberg, S. 1081; so auch Ladiges, S. 300f. Vgl. nur folgende Kommentare: Erb, MK zum Strafgesetzbuch, § 34 StGB Rn. 116; Leckner/Perron, Strafgesetzbuch 26. Aufl. 2001, § 34 StGB Rn. 24, Schlehofer, MK zum Strafgesetzbuch, Vor § 32 ff. StGB Rn. 214; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT §33 IV 3 a (S. 361); Roxin, Strafrecht AT, Teilband 1, 3. Aufl. 1997, § 16 Rn. 30; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 113. Aber die Auslegung, dass gar keine Eingriffe zulässig sind, ist nicht zwingend, vgl Ladiges, S. 300.

⁶⁰ Wie jedoch Ladiges, S. 373f. eindrucksvoll verdeutlicht, ist die Einordnung des Grundrechts auf Leben als ein „Höchstwert“ aus vieler Hinsicht zutiefst inkonsistent, vor allem wenn man sich die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch vergegenwärtigt. Ebenso Isensee, S. 228.

⁶¹ 139 (eigene Hervorhebung). Vgl. auch BVerfGE 39, 1 (59): „Die pauschale Abwägung von Leben gegen Leben, die zur Freigabe der Vernichtung der vermeintlich geringeren Zahl im Interesse der angeblich größeren Zahl führt, ist nicht vereinbar mit der Verpflichtung zum individuellen Schutz jedes einzelnen konkreten Lebens.“

⁶² Merkel, „Wenn der Staat Unschuldige opfert“.

Es ist auch erwähnenswert, dass es in der deutschen Grundrechtsdogmatik Abweichungen von dieser Auffassung gegeben hat. So hat der Rechtsprofessor Matthias Herdegen in seinem 2003 Kommentar zu Art. 1 geschrieben, dass die Menschenwürde einen Kern- und Randbereich hätte und dass nur ersterer für keinerlei Abwägungen zugänglich sei. Es mag kaum jemanden überraschen, dass dieser Versuch einer Revision weitestgehend kritisiert wurde.⁶³ Indem das Bundesverfassungsgericht jegliche Nuancen abwehrte, lehnte es einen solchen Revisionsversuch ab und berief sich auf die alte Dürigsche Objektformel.⁶⁴

Wenn man also aufzeigen will, warum das Luftsicherheitsgesetz verfassungskonform war, kann man das auf zwei Wegen tun: man kann erstens argumentieren, dass die Dürigsche Objektformel aus der Grundrechtsdogmatik entfernt werden soll. Dies ist aufgrund ihrer zentralen Funktion jedoch nicht gerade erfolgsversprechend. Oder man kann zweitens zeigen, warum die Menschenwürde der Passagiere gemäß Art. 1 Abs. 3 GG nicht “angetastet” wird, wenn diese getötet werden. Im Folgenden werde ich die zweite Argumentationsstrategie verwenden.

3. Kritik an moralischer Begründung des BVerfG

Das Gericht hat in seinem Urteil konstatiert, dass der nach §14.3 vorgesehene Abschuss im Luftsicherheitsgesetz nichtig sei. Es begründete diese Schlussfolgerung damit, dass Respekt für die Würde des Menschen, die jeder qua Menschsein habe, utilitaristische Abwägungen quantitativer und qualitativer Art verbiete.

⁶³ vgl nur Böckenforde, „Die Menschenwürde war unantastbar“, FAZ vom 3. September 2003, S. 33ff.

⁶⁴ Nicht überraschend, schrieb Herdegen daher über das Bundesverfassungsgerichtsurteil zum Luftsicherheitsgesetz: “Dieses plakative Verdikt liefert nur eine karge Begründung für die Verletzung des personalen Achtungsanspruchs und bedarf vor einer Verallgemeinerung der Nuancierung.“ Maunz, Dürig, „Grundgesetz“, Art.1, Abs. 1, Rn 90. Aber auch Dürig scheint nicht die beste Autorität zu sein, wenn man behaupten will, die Tötung unrettbar Verlorener stelle eine Menschenwürdeverletzung dar. Wie Ladiges schreibt: „Alle diejenigen, die sich hinsichtlich der Verletzung der Menschenwürde durch §14 Abs. 3 LuftSiG auf die Dürigsche Objektformel berufen, sollten (...) auch die Kommentierung zu Art. 2 GG beachten. Dürig vertritt ausdrücklich, der Staat dürfe im Kollisionsfall im Bereich des menschlichen Lebens auch auf die „Zahl der auf dem Spiel stehenden Leben abstellen.“ Nach Dürigs Auffassung wäre eine Abwägung im Bereich menschlichen Lebens also nicht zwingend eine Verletzung der Menschenwürde. In Bezug auf die Tötung Unschuldiger, die keine Rettungschance mehr haben, führt Dürig wörtlich aus: „Die Frage: ein Leben oder kein Leben ist eindeutig damit zu beantworten, dass wenigstens ein Leben gerettet werden muss.“

Ich werde anhand von kontrastiven Fallbeispielen erläutern, dass das Szenario des Flugzeugsabschusses, was die moralische Bewertung angeht, wenig mit Utilitarismus zu tun hat.

Das Gericht argumentiert folgendermaßen: Erstens unterscheide sich der Fall des Abschusses von anderen Tötungen in einem wesentlichen Aspekt, der ihn moralisch so schwierig macht. Beim Abschuss des Flugzeuges handelt es sich um die Tötung Unschuldiger, die ohne ihr Verschulden in diese Situation geraten sind. Die Tötung dieser Menschen ist daher einer anderen moralischen Bewertung unterzogen, als wenn es sich um den Abschuss einer Maschine handelte, die nur die Terroristen an Bord hat. Der Fall ist daher ein anderer als beispielsweise der der Selbstverteidigung, bei der es sich gegebenenfalls um das Töten von Aggressoren handelt, die ihr Handeln selbst verursacht haben und ihre Tötung jederzeit abwenden können.⁶⁵

Zweitens, insofern der Staat Unschuldige töte, unterziehe er die Menschen einem utilitaristischen Kalkül. Utilitaristisch, da man die Menschen nicht als Wert in sich ansieht, sondern bloß nach ihrer reinen Nützlichkeit bewerte und als solche als bloßes Mittel zum Zweck benutze. Dabei werden quantitative und qualitative Unterscheidungen getroffen: quantitativ sei der Abschuss nach der utilitaristischen Philosophie gerechtfertigt, da schließlich eine kleinere Menge zur Rettung einer größeren Zahl von Menschen geopfert werde. Qualitativ sei der Abschuss in Ordnung, da die Menschen am Bord sowieso sterben würden und ihr Leben aufgrund der geringen Lebenserwartung weniger wert sei, als das der zahlreicheren Menschen auf dem Boden, die noch zu retten sind.

Die Konklusion des Gerichts ist, dass dergleichen quantitative und qualitative Abwägungen von unschuldigem Leben einem Verstoß der Menschenwürde gleichkommen, da Menschen instrumentalisiert werden, und daher der Abschuss – gleichwelche Vorteile er haben möge – moralisch und rechtlich abgelehnt werden müsse.⁶⁶

⁶⁵ so auch Klein, S. 77f.

⁶⁶ Wenn man es logisch formulieren möchte: Wenn Menschen als Mittel zum Zweck benutzt werden, ist das eine Verletzung der Menschenwürde. Als Mittel kann man sie benutzen, wenn man ihr Recht auf Leben entweder qualitativ oder quantitativ bewertet. Was jedoch wichtig ist, ist dass beide Arten von Abwägung jeweils *hinreichend* sind, um Menschen als reines Mittel zu benutzen. Nur wenn man

Diese Argumentation greift jedoch zu kurz. Man kann weder moralisch noch rechtlich den ersten Punkt bestreiten: der Fall im Luftsicherheitsgesetz betrifft das **Töten Unschuldiger** und ist daher besonders schwierig. Doch wenn man sich der praktischen Konsequenzen des Gerichtsurteils bewusst wird, dann entsteht ein Paradox. Wenn Terroristen “bloß” ein Flugzeug entführen und kurz davor sind, damit in ein Hochhaus zu stürzen, darf der Staat sie abschießen. Wenn aber die Terroristen ihre tückische Tat verschlimmern, indem sie unschuldige Passagiere mit in den Tod reißen, dann dürfe man sie nicht abschießen.⁶⁷

Das Gericht begründet diese kontraintuitive Position damit, dass der Abschuss von unschuldigen Menschen einer Verletzung ihrer Menschenwürde gleichkomme, da die Menschen an Bord nach quantitativen und qualitativen Abwägungen getötet werden. Insofern werden sie als bloßes Mittel zum Zweck der Rettung instrumentalisiert. Wenn hingegen die Maschine nur von Terroristen besetzt wäre und man diese abschießen würde, wäre das Selbstverteidigung, die keine Verletzung der Menschenwürde konstituiert, da schließlich die Terroristen ihr Schicksal in der Hand haben. Sie können ihren Tod jederzeit verhindern, indem sie ihre Tat abwenden.

Indem abwechselnd der Vorwurf der quantitativen und qualitativen Abwägung widerlegt wird, wird dieses Paradox aufgelöst werden.

aufzeigen kann, dass weder eine qualitative noch eine quantitative Abwägung beim Flugzeugabschuss stattfindet, kann man begründen, dass Menschen nicht als Mittel benutzt werden und dementsprechend ihre Würde nicht verletzt wird (sofern man eine Verletzung der Menschenwürde so eng definiert).

⁶⁷ Isensee, S. 225f.: „Die Täter partizipieren am Lebensschutz der Opfer, die sie gekidnappt haben. Da nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dem Staat schlechthin verwehrt ist, ein Flugzeug, in dem Unschuldige sitzen, abzuschießen, kommt diese Immunität auch den Gangstern zu, welche die Maschine zur Bombe umfunktionieren und alle Insassen zum sicheren Tod mit ihnen gemeinsam zwingen. Die intern erzwungene Untergemeinschaft verwandelt sich im Außenverhältnis zum Staat in eine Schutzgemeinschaft. Künftig werden Terroristen vorsorglich Unschuldige mit auf die Reise nehmen, um sich das vom Bundesverfassungsgericht garantierte freie Geleit bis zur Aufschlagstelle zu sichern.“ Auch Ladiges betont: „Das Bundesverfassungsgericht sendet an potentielle Angreifer ein falsches Signal. Nicht-staatliche Angreifer könnten zukünftig unbeteiligte Personen gewissermaßen als „Schutzschild“ missbrauchen und damit staatliche Abwehrmaßnahmen unterlaufen. (...) In Zukunft würde zum Beispiel ein Nicht-Gefahrenverantwortlicher zu einem „Rundflug“ eingeladen und mit an Bord genommen, um so dem Staat die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Gefahrenabwehr zu nehmen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist daher ein Anreiz dafür, Angriffe so auszuführen, dass auch Unbeteiligte durch die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr betroffen werden. (...) Dadurch dient das Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht dem Schutz des Lebens von Unbeteiligten, sondern es fördert sogar potentiell deren Lebensgefährdung, denn es ist zu befürchten, dass Angreifer die rechtlichen Probleme nutzen werden, um so zumindest eine größere Chance zu haben, staatlichen Gegenmaßnahmen zu entgehen.“ Ladiges, S. 351.

4. Quantitative Abwägungen

Das Gericht behauptet, der Abschuss komme einer quantitativen Abwägung gleich, da man die Passagiere töte, damit mehr Menschen gerettet werden können.⁶⁸

Insofern als solcherlei quantitative Abwägungen verboten sind, ist ein Menschenleben genauso viel wert wie 1000 Menschenleben.

Juristisch geht dieser Grundsatz auf die Vorstellung zurück, dass es “dem sittlichen Gefühl” widerspreche, Menschenleben “als bloße Rechnungsposten in eine Gesamtrechnung einzusetzen.”⁶⁹ Positiv ausgedrückt bedeutet dies, dass man “vielmehr in jedem Menschenleben einen unvergleichlichen Personenwert sehen [müsse], der nicht als bloßes Quantum einer Gewinn- und Verlustrechnung behandelt werden darf.”⁷⁰ So oft dieser Grundsatz in der Rechtslehre behauptet wird, so wenig wird er begründet.

Dabei ist er zumindest aus drei Gründen⁷¹ mehr als begründungswürdig.

Erstens widerspricht es unserer Intuition, dass es unter keinen Umständen erlaubt ist, Menschenleben aufzurechnen.⁷² Wenn Millionen Menschen gerettet werden können, indem man eine Person tötet, scheint es für die meisten Menschen legitim zu sein, dies zu tun.⁷³ Somit liegt die Begründungslast bei denen, die dies bestreiten, zu erklären, warum die Annahme falsch sei, nach der man in Extremsituationen Menschenleben gegeneinander aufrechnen dürfe.

Zweitens ist die Behauptung, es widerspräche “dem sittlichen Gefühl” Menschenleben aufzurechnen, empirisch nicht haltbar. Ein Blick auf die

⁶⁸ So auch die herrschende Meinung, u.a. bei Schlink, „An der Grenze des Rechts“, Der Spiegel, 17. Januar 2005, S. 34; auch Höfling/Augsberg, S. 1083; vgl. Hirsch, „Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?“ (zu Meyer, ZRP 2004, 203) in ZRP 2004, S. 274; Vgl. Sinn, S. 588.

⁶⁹ Anmerkung zu OGH, Strafsenat, Urteil vom 5.3.1959, StS 19/49Welzel, MDR 1949, S. 375. Höfling/Augsberg, S. 1082 „Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll; das verfassungsrechtliche Differenzierungsverbot lässt es nicht zu, mehrere „Lebenswerte“ zusammenzurechnen und als Summe gegenüber einem einzelnen vorrangig zu behandeln. Menschliches Leben darf „keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden.“ An anderer Stelle heißt es: „Quantitative Aufrechnungen sind nicht etwa (nur) deshalb unzulässig, weil sie den Einzelnen dem Gemeinwohl vollständig unterordnen, sondern weil sie die Gleichwertigkeit des menschlichen Lebens verkennen.“ Klein, S. 79.

⁷⁰ Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 71.

⁷¹ Archangelskij, S. 28ff.

⁷² So auch Rahul Kumar, „Contractualism on Saving the Many“ Analysis 61, 2001, S. 165.

⁷³ Vgl. Greene, The Secret Joke of Kant’s Soul, S. 42.

Rechtsvergleichung ist hier erhellend: so erscheint der Grundsatz einer Nicht-Abwägbarkeit weder im angelsächsischen noch im belgischen Recht.⁷⁴ Wie Archangelskij bemerkt “Das Verbot einer Abwägung von Menschenleben nach dem Zahlenverhältnis scheint mithin keine international anerkannte Selbstverständlichkeit zu sein...”⁷⁵ Es ist daher falsch zu schreiben, es widerspreche “dem” sittlichen Gefühl; man könnte allerhöchstens postulieren, es verletze “unser” sittliches Gefühl. Will man sich daher nicht in Kulturchauvinismus üben, so ist es begründungswürdig, warum der Grundsatz einer Nicht-Abwägbarkeit hinzunehmen ist. Ferner ist selbst innerhalb unseres Kulturraumes eine Nicht-Abwägbarkeit keinesfalls unumstritten. In der heiligen Schrift des Christentums – einer Religion, die schließlich auf dem Tod eines Unschuldigen zur Erlösung anderer basiert – steht geschrieben: „[F]ür uns alle ist es besser, wenn einer fürs Volk stirbt, als dass ein ganzes Volk zugrunde geht.“ (Joh. 11,50)

Drittens, selbst wenn eine Nicht-Abwägbarkeit sich auf unsere Sittlichkeit und Moralität berufen könnte, so ist es fraglich, warum es die Aufgabe des Staates ist, unsere Sittlichkeitsvorstellungen zu erhalten. Schließlich leben wir in einem liberalen Rechtsstaat, der bemüht sein sollte, sich gegenüber unseren Moralvorstellungen neutral zu verhalten. Aufgabe des Staates ist nicht die Beförderung des Guten.⁷⁶ Anders ist dies zu bewerten, sofern in die Freiheit anderer eingegriffen wird. Der Staat ist schließlich verpflichtet die Bürger vor Angriffen anderer zu schützen. Dennoch muss man konstatieren, dass in einem liberalen Rechtsstaat “das sittliche Gefühl” alleine keine hinreichende Begründung für irgendein Verbot sein kann.⁷⁷

⁷⁴ Archangelskij, S. 27-28. Zum amerikanischen Recht siehe Diskussion des „choice of evils“-Prinzips, in: Kadish/Schulhofer, „Criminal Law and its Process“, S. 824ff.; Auch nach dem EMRK, was immerhin seit über 60 Jahren als Bundesrecht gilt, ist die Tötung Unschuldiger unter gewissen Umständen nicht völlig unvorstellbar.

⁷⁵ Archangelskij, S. 28.

⁷⁶ vgl. Diskussion über Mill’s Harm-Principle und Kants politische Philosophie in Mattias Kumm: „What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right?“, S. 43f.

⁷⁷ Im Polizeirecht gibt es bekanntlich eine Ausnahme, nach der es der Polizei gestattet ist, für die „öffentliche Ordnung“ zu sorgen. Art. 11 I PAG. Ferner kann man das Argument anbringen, dass ein liberaler Rechtsstaat auch in anderen Kontexten nicht wertneutral ist. Er schreibt einem schließlich vor, wen man heiraten darf, er verleiht Bundesverdienstkreuze und gibt steuerliche Vorteile an Familien mit Kindern; obgleich der Staat keinen in seiner Selbstverwirklichung aktiv hindert, ist er nicht neutral, da er einige als ehrenhafter bzw. unterstützenswerter darstellt. Vgl. Feldman, „After Jihad“, S. 61.

5. Kritik an quantitativen Abwägungen / Zählen die Zahlen?

Wie kann man also das Verbot einer quantitativen Abwägung begründen? Was spricht dagegen, die Rechtsgemeinschaft als einen allumfassenden Organismus zu betrachten, in dem die Individualrechtsgüter aller Mitglieder zu einem Gesamtgüter-Quantum addiert werden und jedem Einzelnen zugemutet wird, Handlungen zu dulden, die dazu führen, dass diesem Gesamtgüter-Quantum möglichst wenig Schaden zukommt? Warum ist es ein Irrweg zu glauben, dem Organismus der Rechtsgemeinschaft nütze es mehr, dass nur eine Person stirbt, an Stelle von 100 Personen?

Man kann viel gegen eine solche Rechtsvorstellung einwenden. Da jedoch die Debatte um das Luftsicherheitsgesetz, wie ich argumentieren werde, nicht viel mit der Debatte zwischen Utilitarismus und Deontologie zu tun hat, seien hier nur kurz die zwei wichtigsten Einwände gegen eine solche utilitaristische Rechtsvorstellung zusammengefasst.⁷⁸

Zunächst muss angemerkt werden, dass es ein Irrtum wäre, zu glauben, es gäbe eine anonyme und abstrakte Rechtsgemeinschaft, die völlig homogen *ein* Interesse verfolgt. Die Gesellschaft ist kein homogener Organismus mit einem Rousseau'schen Gemeinwillen, sondern besteht aus vielen Individuen mit unterschiedlichen Interessen. Demnach ist es falsch zu glauben, man könne das Interesse einer Person zum Wohle anderer opfern. Es ist legitim für ein Individuum Lasten aufzunehmen,

⁷⁸ Die philosophische Literatur um die Zahlen-Debatte füllt ganze Bibliotheken. Daher seien hier nur die wichtigsten Aufsätze und Monographien zum Thema erwähnt: Anscombe, „Who is Wronged,“ *The Oxford Review* 5, 1967, S. 967, S. 16f., Rakowski: „Taking and saving lives,“ *Columbia Law Review* 93, 1993, S. 1063-1156, Taurek, „Should the Numbers Count?“ *Philosophy and Public Affairs* 6, 1977, S. 293-316, Kavka, „The Numbers Should Count“, *Philosophical Studies* 36, 1979, S. 285-294, Glover, „Causing Death and Saving Lives“, Parfit, „Innumerate ethics“, *Philosophy and Public Affairs* 7, 1978, S. 285-301, Ders., „Reasons and Persons“, Ders., „Justifiability to each person“, *Ratio* 16, 2003, S. 368-390, Kamm, „Morality, Mortality, Vol. I: Death and whom to save from it“, Nagel, „Equality“, S. 106-127, Scanlon, „What we Owe to Each Other“, Thomson: „The Realm of Rights“, Otsuka, „Skepticism about Saving the Greater Number“, *Philosophy and Public Affairs* 32, 2004, S. 413-426, Ders., „Saving Lives, Moral Theory, and the Claims of the Individual“, *Philosophy and Public Affairs*, 34, 2006, S. 109-135, Ders., „Scanlon and the claims of the many versus the one“, *Analysis* 60, 2000, S. 288-293, Woodward, „Why the numbers count,“ *The Southern Journal of Philosophy* 19, 1981, S. 531-540, Foot, „Moral Dilemmas and Other Topics in Moral Philosophy“, Kumar, „Contractualism on Saving the Many“ *Analysis* 61, 2001, S. 165ff., Dinkin, „Can a non-consequentialist justify saving the great number?“, *The London Journal of Philosophy* 1, 2003, S. 4ff., Hirose, „Saving the greater number without combining claims“, *Analysis* 61, 2001, S. 341f., Ders., „Aggregation and Numbers“, *Utilitas* 16, 2004, S. 62ff., Broome, „Weighing Goods. Equality, Uncertainty and Time“, Ders., „Kamm on Fairness“ in: *Philosophy and Phenomenological Research* 58, 1998, S. 955ff., Timmermann: „The individualist lottery: How people count, but not their numbers“, *Analysis* 64, 2004, S. 106ff., Wassermann/Strudler, „Can a non-consequentialist count lives?“, *Philosophy and Public Affairs* 31, 2003, S. 71ff.

um davon später zu profitieren. Solche “tradeoffs” sind jedoch nicht auf eine Gesellschaft übertragbar, wie der amerikanische Philosoph Robert Nozick bemerkt:

“Individually, we each sometimes choose to undergo some pain or sacrifice for a greater benefit or to avoid a greater harm: we go to the dentist to avoid worse suffering later; we do some unpleasant work for its results; some persons diet to improve their health or looks; some save money to support themselves when they are older. In each case, some cost is born for the sake of the greater overall good. Why not, *similarly*, hold that some persons have to bear some costs that benefit other persons more, for the sake of the overall social good? But there is no *social entity* with a good that undergoes some sacrifice for its own good. There are only individual people, different individual people, with their own individual lives. Using one of these people for the benefit of others uses him and benefits the others. Nothing more. What happens is that something is done to him for the sake of others. Talk of an overall social good covers this up.”⁷⁹

Dieses Problem ist auch als „Aggregationsproblem“ bekannt, da der Utilitarismus fälschlicherweise annimmt, man könnte Interessen vieler zu einem Gemeininteresse aggregieren. Der Utilitarismus nivelliert die Unterschiede zwischen Menschen, indem er ein homogenes Gemeinschaftswesen voraussetzt. Er nimmt dadurch nicht die Personen in ihrer Unterschiedlich- und Einzigartigkeit wahr.

Insofern der Utilitarismus Menschen in ihrer Einzigartigkeit keine Bedeutung beimisst, missversteht er die Funktion von Grundrechten. Anstatt den Nutzen eines fiktiven Staatsorganismus auszuweiten, ist es die Aufgabe von Grundrechten, den Einzelnen vor Staatseingriffen in seine Freiheit zu schützen. Wie Reinhard Merkel es ausdrückte:

“Grundrechte sind anti-utilitaristisch. Sie schützen den einzelnen, nicht den jeweils größten allgemeinen Nutzen. Wäre es anders, so wären sie keine Grundrechte (...) In anderen Situationen [als dem im Luftsicherheitsgesetz] mag die Zahl der zu Rettenden so groß sein, wie man will – das ändert nichts. Gegen das Grundrecht auf Leben zählen Zahlen nicht. Käme etwa der Staat der erpresserischen Forderung von Terroristen nach, einen Unschuldigen vor laufenden Kameras öffentlich hinzurichten, weil sich nur so die angedrohte Zündung einer versteckten Atombombe in einer deutschen Großstadt verhindern lässt, so handelte er ohne Zweifel unrecht.”⁸⁰

⁷⁹ Nozick, „State, Anarchy, and Utopia“ S. 32, vgl. Rawls, „A Theory of Justice“, § 5, Ders., „Two Concepts of Rules“, in: Philosophical Review January 1955, 64 (1):3-32, reprinted in: Collected Papers (ed. Samuel Freedman), (Cambridge, 1999), S. 20-46.

⁸⁰ Merkel, „Wenn der Staat Unschuldige opfert“

Warum dies so ist, begründet Nozick am folgenden Beispiel, welches ähnlich wie Merkels Gedankenexperiment ist:

“A mob rampaging through a part of town killing and burning will violate the rights of those living there. Therefore, someone might try to justify his punishing another he knows to be innocent of a crime that enraged a mob, on the grounds that punishing this innocent person would help to avoid the even greater violations of rights by others, and so would lead to a minimum weighted score for rights violations in the society.”⁸¹

Nozick entwickelt den Lösungsansatz von Rechten als “side constraints upon action.” Hiernach wird der Schutz von Rechten nicht zu den erreichenden Zielen dazugezählt. Vielmehr bestimmen Rechte die moralische Zulässigkeit von bestimmten Handlungen. Eine Rechtsverletzung ist auch dann nicht legitim, wenn man durch das Verletzen einer “side-constraint” eine Vielzahl anderer Verletzungen von “side-constraints” verhindern könnte. Anders ausgedrückt, Rechte verbieten es, eine unschuldige Person zu bestrafen, um damit die Rechtsverletzung anderer Menschen zu verhindern. Sie haben primär eine abwehrrechtliche Funktion und keine Schutzpflichtfunktion. Das Beispiel des Mobs versucht zu illustrieren, dass man das Recht einer Person nicht zum Schutz der Rechte anderer Personen verletzen dürfe. Wie Nozick mit ausdrücklicher Berufung auf Kant schreibt:

“To use a person in this way does not sufficiently respect and take account of the fact that he is a separate person, that this is the only life he has. *He* does not get some overbalancing good from his sacrifice, and no one is entitled to force this upon him –least of all a state or government that claims his allegiance (as other individuals do not) and that therefore scrupulously must be *neutral* between its citizens.”⁸²

Für Nozick gehören gewisse unantastbare Rechte zum Menschsein dazu. Die Verletzung solcher Rechte zeugt von mangelndem Respekt seiner Würde.

Ihre Autonomie ist zu respektieren, unabhängig von der normativen Bewertung ihrer Ausübung. So stellt der Staat Selbstmord, Alkoholkonsum oder Extremsport nicht unter Strafe -- ein weiteres Indiz dafür, dass der Staat nicht die paternalistische Funktion hat, dafür zu sorgen, dass möglichst viele Menschen überleben.⁸³

⁸¹ Nozick, S. 28.

⁸² Nozick, S. 32f.

⁸³ Das ist auch gemeint, wenn Rawls betont: “Rights are prior to the good”. Und vor ihm bemerkt John Stuart Mill, in seinem Versuch, Utilitarismus und Liberalismus zu versöhnen, dass der Staat nicht

Die Vorstellung, dass wir unter allen Umständen verpflichtet sind, möglichst die größte Menge zu retten, ist daher ein Irrweg: Unserer Rechtsvorstellung nach schützen Rechte den Einzelnen vor Eingriffen anderer. Wenn wir also verlangen würden, dass jemand für andere stirbt, würden dem einzelnen jegliche Rechte und Freiheiten genommen werden. Auch wenn dies manchmal von Kommunitaristen und anderen bestritten wird, so gibt es keine Kollektivrechte. Rechte sind per se Individualrechte.⁸⁴

Natürlich könnte man einwenden, dass uns diese Überlegungen nicht weiterhelfen: selbst wenn Grundrechte Individualrechte sind und Interessen nicht übertragbar, ist es dann nicht schlimmer, wenn die Grundrechte von fünf Menschen verletzt werden als die von einem?

Einige entgegnen dieser Kritik, dass Menschen einen unendlichen Wert haben und demnach fünf Menschen auch keinen größeren Wert haben als unendlich.⁸⁵ Aber mathematische Analogien ersetzen kein Argument. Was diese These aussagen will ist, dass der Verlust von Menschen anders zu werten ist als der von beispielsweise Gegenständen. Wenn jemand z.B. aus einem brennenden Haus läuft und vor der Alternative steht, ein kostbares Möbelstück zu retten oder fünf gleichwertige, sollte er sich für letzteres entscheiden. Schließlich ist diese Option fünfmal so viel wert wie die erste. Jedoch handele es sich bei der Rettung von Menschenleben um etwas grundlegend anderes. Wie John Taurek argumentiert, geht es vielmehr darum, dass man Menschen, anders als Möbelstücke, nicht aufgrund ihres Wertes rettet, den sie für den Retter haben. Stattdessen rettet man sie wegen des Wertes, den ihr Leben für sie selber, den Geretteten, hat.⁸⁶ Wie Taurek schreibt: „It is the *loss to* the individual that matters [...], not the *loss of* the individual.“⁸⁷ Für Person X geht es um den Verlust für X, für Person Y um den Verlust für Y, etc. Will man diese Verluste aufsummieren, muss das über Personengrenzen passieren. Jedoch haben wir bei der

aufgrund von paternalistischen bzw. perfektionistischen Gründen in die Freiheit des Individuums intervenieren dürfe. Vgl. Kumm, S.143f.

⁸⁴ vgl. Tröndle/Fischer, StGB § 34 Rn. 10.

⁸⁵ vgl. Lenckner, „Der rechtfertigende Nostand“, S. 30, 92.

⁸⁶ Andere sind Taurek gefolgt, wie z.B. Thomson und Rakowski. Dass die Anzahl der Geretteten gar keine moralische Relevanz hat, ist wohl eher die Minderheitenmeinung. Für eine Kritik an Taurek, vgl. Kamm, *Morality*, „Mortality Vol. 1, Death and Whom to Save from It“, S. 101, 114ff., Parfit, „Innumerate Ethics“, in *Philosophy & Public Affairs*, 7,4, 1978, S. 285ff., Scanlon, S. 332.

⁸⁷ Taurek, S. 307 (own emphasis). Oder wie es Nozick ausdrückte: „His is the only life he has.“

Diskussion um das „Aggregatsproblem“ gesehen, dass dieses nicht geht. Den summierten Tod von fünf Leuten erleidet niemand. Es gibt nur Individuen, die um ihr einzelnes Leben fürchten. Daher ist es moralisch irrelevant, wie viel Menschen gerettet werden. Taurek schlägt daher vor, eine Münze zu werfen, um zu entscheiden, ob fünf Personen oder nur eine gerettet werden soll. Die Münze, in ihrer gleichen Chancenverteilung, drückt den gleichen Respekt aus, den man für die Menschen empfindet und das Gebot der (Überlebens-)Chancengleichheit, die sich daraus ergibt.⁸⁸

Ein anderer Einwand, den man aus Alltagsbeobachtungen gegen die These anführen kann, dass Individualrechte niemals dem Gemeininteresse untergeordnet werden, ist folgender: Trotz dem Vorrang, den wir normalerweise Autonomie vor Gemeinwohlüberlegungen einräumen, erwarten wir in einigen Situationen, dass Menschen sich um das Gemeinwohl ein Stück weit kümmern. So erwarten wir, dass Menschen in ad hoc Situationen anderen zur Hilfe kommen. Wenn jemand ohne weiteres fünf Menschen retten kann, die am Straßenrand verbluten, akzeptieren wir es nicht, dass ein passierender Autofahrer dieses unterlässt, da er aus Autonomiegründen heraus seine Ledersitze nicht schmutzig machen möchte.⁸⁹ Auch beim „rechtfertigenden Notstand“ erwarten wir, dass eine Person trivialen Schaden erduldet, damit andere gerettet werden können.⁹⁰ Dass wir solche Ausnahmen haben, hat jedoch nicht viel mit Utilitarismus zu tun, sondern vielmehr mit Gedanken einer Mindestsolidarität und Minimalmoral, nach der ein Individuum eine gewisse Bindung zu seinen Mitmenschen verspüren sollte und für diese zumutbare Einschränkungen in seinen Grundrechten in Kauf nehmen sollte.⁹¹ Wie weit diese Solidaritätspflicht gehen soll, ist durchaus umstritten. Es gibt eindeutige Fälle, aber generell scheint es jedem selbst überlassen, wie weit er gehen möchte. Sein eigenes Leben für andere zu opfern, ist wohl ohne Zweifel ein Extrembeispiel – eine unzumutbare Einschränkung, die

⁸⁸ Dieser Gedanke hat auch Anwendungen in der Wirklichkeit: so werden in der Transplantationsmedizin einem Patienten, der ein Herz und eine Niere zum Überleben braucht, die gleichen Chancen eingeräumt, wie zwei Patienten, die jeweils ein Herz bzw. eine Niere benötigen. Dieses ist zwar nicht effizient, zeugt jedoch vom gleichen Respekt. Lübbe, „Das Problem der Gleichheit in der „Numbers“-Debatte“, S.105ff.; siehe auch Gutmann, S. 147ff.

⁸⁹ Wohlgemerkt ist das im deutschen Recht der Fall. Andere Länder, wie die USA, haben bekanntlich keine gute-Samariter-Gesetze, die unterlassene Hilfeleistungen bestrafen.

⁹⁰ Erb MK § 34, Rdn. 7, vgl. BGB § 904.

⁹¹ Vgl. Archangelskij, S. 39f., S. 65f.

wohl höchst vorbildlich-altruistisch, jedoch superrogativ ist.⁹² Aber auch zumutbare Eingriffe werden vom Staat nicht dem Individuum auferlegt, selbst wenn diese dem Gemeinwohl nützen würden. Man denke hier nur an eine Pflicht zum Blutspenden oder eine Pflicht, seine Organe nach Todeseintritt zu spenden. Für den Gesetzgeber hört die Pflicht der Solidarität auf, wo körperliche Integrität verletzt wird – auch wenn diese noch so schmerzlos und nützlich für die Gemeinschaft wäre. Aber, wie oben angeführt, jeder kann und soll für sich entscheiden, wie weit sein Solidaritätsgefühl gehen soll.

Auch im deutschen Strafrecht wird die Wichtigkeit der subjektiven Perspektiven anerkannt: so ist es zwar unter normalen Umständen erwünscht, mehr Menschen zu retten⁹³, dennoch wird anerkannt, dass, wenn wir vor der Wahl stehen, einen Angehörigen zu retten oder fünf fremde Menschen, wir entschuldigt handeln, wenn wir auf Kosten der fünf anderen uns für die Rettung des Angehörigen entscheiden. Das sagt im deutschen Strafrecht der entschuldigende Notstand aus. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Angriff auf sog. „Sympathiepersonen“ wie ein Angriff auf die eigene Person wahrgenommen wird, was insofern wichtig ist, als dass § 35 auf

⁹² Allerdings haben einige die Meinung vertreten, dass es nicht zu viel verlangt sei, wenn ein Todgeweihter seine ohnehin unerhebliche Lebensdauer verkürze, um dadurch andere zu retten. Dies sei schließlich ein sinngebender Tod. In Hinblick auf Hegels Rechtsphilosophie (G.W.F. Hegel, „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ §127) schreibt Sinn: „Nur in den Fällen der absoluten und objektiven Chancenlosigkeit wird man an den Einzelnen herantreten und ihn zur Aufopferung verpflichten können. Nur dann wird die Person ihren Lebensrest als bedeutungslos erkennen und ihr Leben zum Wohle der Allgemeinheit und zur Abwendung der Gefahr opfern wollen. Dieses mangelnde Interesse wird man erst unterstellen können, wenn der Einzelne seinem Tod um der Lebensrettung anderer Willen einen Sinn geben wird. Erst jene Sinnggebung durch den von der Notstandshandlung Betroffenen rechtfertigt es, die noch verbleibende hypothetische Lebensspannung zu verkürzen. Der Einzelne wird dann nicht Objekt staatlicher Gewalt oder bloßes Mittel zur Zweckerreichung utilitaristischer Ziele, sondern er stirbt auf Grund eigener Sinnggebung des unmittelbar bevorstehenden Todes zum Wohle der noch nicht unrettbar in die Gefahrenlage geratenen Personen ((...)). [S]olange man an der idealistischen Vorstellung der „Vernunft“ festhält und die Person als vernunftbegabt begreift, ist kein Grund ersichtlich, diese Maßstäbe nur an den Täter anzulegen ((...)). Der Grund für eine Rechtfertigung kann also die Sinnggebung des eigenen Todes zur Lebenserhaltung anderer sein. Weit ist diese Perspektive einer Rechtfertigung von der Philosophie des deutschen Idealismus gar nicht entfernt, hebt sich doch in der Aufopferung des aus eigener Einsicht chancenlos bleibenden Lebensrests die eigene Subjektivität auf und erlangt so die Ebene objektiver Wirklichkeit, verwirklicht sich Freiheit in dieser Situation in einzig möglicher Art und Weise.“ S. 588. Für eine Diskussion, siehe Ladiges, S. 307. Ebenso Dietrich Bonhoeffer, der in seiner „Ethik,“ (S. 182) von der „selbstverständlichen Christenpflicht“ spricht, „beim Sinken des Schiffes...den letzten Platz im Rettungsboot einem anderen [zu lassen] und sehenden Auges in den Tod [zu gehen]...“

⁹³ vgl. Hilgendorf, oben S. 10 Fn. 12

den Motivationsdruck des Täters abzielt – ein weiteres Indiz hierfür, dass Rechte dem Individuum gelten und nicht einer abstrakten Gemeinwohlvorstellung.⁹⁴

6. Differenzierung I

Der Fall des Abschusses ist jedoch ein anderer, wie weiter unten geschildert wird. In gewisser Weise ist der Fall des Flugzeugabschusses analog zu dem Mobbeispiel Nozicks. Ähnlich wie bei Nozick geht es darum, eine Person zu töten, um Schlimmeres zu verhindern. Hierbei den Tod einer größeren Menschenmenge zu verhindern. Aber es gibt auch Unterschiede, wie wir weiter unten sehen werden. Diese Analogie kommt jedoch dem Fall ein wenig näher, indem sie auf das Phänomen des **“tragischen Paradox”**⁹⁵ aufmerksam macht. In diesem Szenario hat man zwei Teilgruppen; eine Gruppe A, “die dem Tod geweiht ist” und eine Gruppe B, die nur zu retten ist, indem man Gruppe A tötet. Wenn man sie nicht tötet, sterben beide Gruppen. Man muss also jemand in A töten, um jemand in B zu retten.

Diese Überlegung zum tragischen Paradox erleichtert es, den Vorwurf einer quantitativen Abwägung ein Stück weit zu relativieren: ob 1000 Menschen aus der Gruppe B gerettet werden oder nur 100 ist nebensächlich. Und auch wie viele Personen aus Gruppe A getötet werden, spielt keine Rolle. Auch wenn 10 Personen aus Gruppe A getötet werden, um eine Person in Gruppe B zu retten, wäre dies erlaubt. Schließlich steht im Vorhinein fest, wer “todgeweiht ist” und wer noch gerettet werden kann. Man trifft keine quantitativen Überlegungen; diese wurden schon für einen gemacht.⁹⁶ Das einzige Kriterium, was die Wahl, jemanden in Gruppe A zu töten, konstituiert, ist, dass diese ohnehin sterben würden und dass man ihre Lebenserwartung nur unerheblich reduzieren würde, um dadurch andere zu retten.⁹⁷

⁹⁴ Hier wird auch deutlich, dass man eine unpersönliche Perspektive, wie es der Utilitarismus verlangen würde, nicht einnehmen kann. Vgl. J.J. C Smart & Bernard Williams, „Utilitarianism: For and Against“, S. 103f., 116f. .

⁹⁵ Küper, „Tötungsverbot und Lebensnotstand“, JuS 1981, S. 785ff.

⁹⁶ Isensee, S. 229; Ebeno Ladiges, S. 280ff; Giermulla, S.362ff.

⁹⁷ Eine Unterscheidung, die dieser benutzten am nächsten kommt, ist die zwischen einer „Gefahrengemeinschaft mit mehrseitig verteilten Rettungschancen [in welchem die Geopferten selektiert werden, z.B. Euthanasiefälle unter dem NS-Regime, AVD] und Gefahrengemeinschaften mit einseitiger Verteilung der Rettungschancen [z.B. beim Schiffsbruch, wo Opfer schon vom „Schicksal“ selektiert wurden, AVD]“, Erb, MK 118-121; Neumann, NK, Rdn. 77; Sinn, S. 586-7; Ladiges, S. 420ff; Isensee, S. 215f.

7. Qualitative Abwägungen / Zählt, wer getötet wird?

Käme das schon einer qualitativen Abwägung gleich? Das Gericht behauptet, dass genau dieses der Fall sei. Die Passagiere werden aufgrund ihrer erwarteten Lebenserwartung getötet. Es schreibt:

“Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie kann keinem Menschen genommen werden (...). Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens zum Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde (...).”⁹⁸

Diese Idee geht auf den philosophischen Grundsatz zurück, dass alle Menschen gleiche Rechte haben und diese Gleichheit garantiert, dass man keine Abwägung treffen dürfe, wessen Leben lebenswerter und schützenswerter ist. Bereits im Jüdischen Recht heißt es an einer Stelle, „one life may not be pushed aside in favor of another life“.⁹⁹ An anderer Stelle im Talmud wird ein Rabbiner von einem Schüler gefragt, ob er unter Nötigung einen Fremden töten dürfe, um sich selbst zu retten. Darauf antwortet der Rabbiner rhetorisch mit der Frage, ob der Schüler wirklich glaube, dass sein Blut roter sei als das des Fremden.¹⁰⁰ Und wenngleich nicht der Begriff Würde explizit erwähnt wird, so wird im Talmud darauf hingewiesen, dass jeder Mensch ein Universum für sich darstellt. So heißt es an berühmter Stelle: “[h]e who destroys a life is as if he destroyed an entire world; and he who saves a life is as if he saved an entire world.”¹⁰¹ Der Grund, warum menschliches Leben unendlich wertvoll ist, liegt nach Jüdischem Recht im Gedanken, dass der Mensch Gottes Ebenbild ist.¹⁰² Als solches ist es dem Menschen untersagt, sich oder andere zu töten. In der modernen Moralphilosophie hat besonders Immanuel Kant die Würde des Menschen betont. Nach ihm haben Menschen keinen Preis, sondern eine Würde.

⁹⁸ Für Kommentare, vgl. Lenckner/Perron, in: Schöne/Schröder, Strafgesetzbuch, §34 StGB Rn. 24, Jakobs, Strafrecht AT, 2., 13/23, Kühl, Strafrecht AT, § 8 Rn. 154f., Roxin, Strafrecht AT, Teilband 1, § 16 Rn. 34f.; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, AT 1, § 9 Rn. 109, Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 316, Gallas, „Beiträge zur Verbrechenslehre“, S. 71, Küper, JuS 1981, 785ff.

⁹⁹ M Oholot 7:6 Hier im Kontext der Abtreibung.

¹⁰⁰ Babylonian Talmud, Sanhedrin 74a.

¹⁰¹ Babylonian Talmud, Sanhedrin 37a. Diese Regeln gelten jedoch nur in Normalfällen. In Katastrophenszenarien gelten jedoch andere Regeln. Ähnlich wie in den meisten Rechtsprechungen heute, wird in den Szenarien, in denen die Existenz des jüdischen Volkes bedroht ist, das normale Recht suspendiert und ein anderes Recht nimmt temporär Einzug. Vgl. Alan J. Yuter, “The Emergency Principle in Jewish Law and Contemporary Application,” Jewish Political Studies Review, Fall 13:3-4 (2001).

¹⁰² Gen. 1, 27; 2:7. Zur Würde im Jüdischen Recht, vgl. Menachem Elon (ed.), “Jewish Law (Mishpat Ivri): Cases and Materials,” S. 441ff.

Aufgrund dieser Würde verdienen sie Respekt, der jedem qua seines Menschseins zusteht. Das gilt für jeden, selbst für Schwerstverbrecher, wie Kant sogar explizit einräumt.¹⁰³ Oder wie es heutige Kommentare ausgedrückt haben: „Die Garantie der Menschenwürde ist (...) nicht an eine besondere Vorleistung geknüpft. Kein Mensch muss sich als der Menschenwürde würdig erweisen (...) Grundrechtspositionen werden ohne Anerkennung der individuellen Leistungsfähigkeit gewährt; sie sind weder Belohnung für vergangene noch Wechsel auf noch zu erbringende Leistungen für das Gemeinwesen; sie sind insoweit „anti-utilitaristisch.“¹⁰⁴ Daher gilt der Menschenwürde auch nach Kant eine kategorische Behandlung (der sog. Kategorische Imperativ), nach der man gemäß einer Formulierung Menschen nicht bloß als Mittel behandeln darf, sondern stets zugleich als Zweck in sich selbst.¹⁰⁵

Auch dieses Postulat scheint kontraintuitiv. Warum verdient ein Kinderschänder die gleiche Anerkennung seiner Würde wie ein Kinderarzt? In der Philosophie gibt es zahlreiche Gedankenbeispiele zu diesem Thema: sie beinhalten oft ein Szenario, wo jemand am See spazieren geht und bemerkt, dass zwei Menschen ertrinken, aber der Spaziergänger nur eine Person retten kann. Angenommen die eine Person ist Hitler und die andere Mutter Teresa, dürfe man wirklich keine Abwägungen treffen? Diese Szenarien sind zugegebenermaßen sehr konstruiert, aber in abgewandelter Form kommen sie auch in der Wirklichkeit vor: man denke nur an einen Arzt in einer Notfallaufnahme in Israel, der zu entscheiden hat, ob er eine Blutkonserve zur Rettung eines Terroristen benutzt oder zur Rettung eines Terroropfers. Da solche Fälle doch manchmal vorkommen, sind solche konstruierten Szenarien nicht ausschließlich nur für Philosophieseminare von Relevanz.

Von einer subjektiven Ebene ist es unkontrovers, dass wir qualitative Abwägungen treffen: man stelle sich vor, die eine ertrinkende Person ist das eigene Kind und die andere eine fremde Person. Natürlich wäre es moralisch legitim, solche nicht unwesentlichen qualitativen Unterschiede zu berücksichtigen und sein Kind zu retten. Wenngleich solche Unterschiede, wie familiäre Bindungen, zufälliger Natur sind, sind

¹⁰³ Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S.463.

¹⁰⁴ Augsburg/Höfling, S. 1084

¹⁰⁵ Kant, Grundlegungen zur Metaphysik der Sitten, AA IV, S.429.

sie durchaus von Bedeutung für unsere moralische Beurteilung.¹⁰⁶ Wenn es also durchaus qualitative Unterschiede gibt – also ob jemand ein Verbrecher oder ein Heiliger ist, das eigene Kind oder ein Fremdling – warum kann der Staat nicht ebenso qualitative Unterschiede berücksichtigen?

Dass wir vom Staat verlangen, diese existierenden qualitativen Unterschiede zu ignorieren, hängt mit dem Gedanken zusammen, dass der Staat, wie Nozick oben betont hat, skrupellos neutral gegenüber seinen Staatsbürgern sein muss. Natürlich muss er Bürger, die das Recht übertreten, bestrafen; aber ansonsten gilt das Prinzip der „Lebenswertindifferenz“, nach dem jedes Menschenleben gleichwertig ist und somit die gleiche Achtung und Respekt verdient. Selbst wenn der Staat philosophisch begründen könnte, warum einige Menschen „gleicher als andere sind“¹⁰⁷, gäbe es gute policy-Gründe, warum der Staat eine solche Unterscheidung nach qualitativen Eigenschaften unterlassen sollte. Wie will man eine Höherwertigkeit von gewissen Menschen rechtfertigen? Wer soll dies entscheiden? Was passiert mit unserer demokratischen Gesellschaft, sobald solche Unterschiede anerkannt werden?

Was auch immer der Grund sein mag, er muss hier nicht diskutiert werden, da im Szenario des Luftsicherheitsgesetzes keine qualitativen Abwägungen getroffen werden.

8. Differenzierung II

Die zwei *Weichenstellerprobleme* sollen dies verdeutlichen: im ersten Fall des Weichenstellerproblems entgleist ein Zug. Auf dem einen Gleis stehen 10 Leute, auf dem anderen nur ein Gleisarbeiter. Die Frage ist, ob man den Zug umleiten darf, damit es nur die eine Person trifft und nicht die 10.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Taurek, „Should the Numbers Count?“.

¹⁰⁷ Orwell, „Animal Farm“, S. 133.

¹⁰⁸ Eine Variation findet sich in der deutschen Literatur schon bei Welzel, ZStW 63 (1951), S. 47ff, 51. In der gegenwärtigen Literatur wurde vor allem nach Philippa Foots „The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect“ von 1978 viel zum Thema geschrieben. Die wichtigsten Schriften sind: Thomson, „The Trolley Problem“, 94 Yale LJ. 1395, 1409 (1985), Thomson, „The Realm of Rights“ 176-202 (1990), Foot, „The problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect“, in: Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy 19-32 (1978), Costa, „The Trolley Problem Revisited“, 24 S.J. Phil. 437 (1986), Ders., „Another Trip on the Trolley“, 25 SJ. Phil. 461 (1987), Kamm, „Harming Some to Save Others“, 57 Phil. Stud. 227 (1989), Montmarquet, „On Doing Good: The Right and the Wrong Way“, 79 J. Phil. 439, 446-49 (1982), Quinn, „Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing“, 98 Phil. Rev. 287 (1989) Ders., Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect, 18 Phil. & Pub. Aff. 334 (1989), Don Locke, „The Choice Between Lives“, 57 Philosophy 453 (1982), Gorr, „Thomson and the Trolley

Im zweiten Weichenstellerproblem bleibt der Zug auf einem Gleis, jedoch versagen die Bremsen. Der Zug rast unausweichlich auf 10 Personen zu, die auf dem Gleis stehen. Ein Passant beobachtet das Vorgehen auf einer Brücke, unter welcher der Zug auf die Menschenmasse einzustürzen droht. Neben dem Passanten steht ein dicker Mann, der durch seine Körpermasse den Zug aufhalten könnte. Dürfte der Passant den Mann auf das Gleis schubsen, damit es den Zug aufhält und die 10 rettet?

Die meisten Menschen würden sagen, dass es im ersten Fall gerechtfertigt ist, die eine Person zu töten, um die 10 anderen zu retten.¹⁰⁹ Im zweiten Fall hingegen sei dies jedoch nicht erlaubt.

Man könnte argumentieren, dass der erste Fall anders sei, da schließlich ein Gleisarbeiter stürbe. Dieser hat eine "Garantenstellung", d.h. indem er sich diesen Beruf ausgesucht hat, war er sich einer solchen Gefahrenlage bewusst. Seine Berufswahl war freiwillig und somit sei es nur selbstverständlich, dass er für seine freie Wahl auch die Konsequenzen trägt. Insofern ist ein Gleisarbeiter nicht anders zu bewerten, als ein Soldat, der im Krieg stirbt oder ein Kapitän, der bei einem Schiffbruch zuletzt von Bord gehen muss.¹¹⁰ Dieser Punkt ist wichtig, insofern die Passagiere im Flugzeug nicht selbstverursacht in diese Lage kamen. Zwar betraten sie freiwillig das Flugzeug. Aber zu glauben, dass jeder, der ein Flugzeug beträte, damit rechnen muss, im Falle einer Flugzeugentführung abgeschossen zu werden, erscheint unrealistisch¹¹¹ (zumindest zur jetzigen Zeit, in der solche Entführungen glücklicherweise die verschwindend geringe Ausnahme darstellen und nicht die Regel.)

Problem", 59 Phil. Stud. 91 (1990), Postow, „Thomson and the Trolley Problem“, 27 SJ. Phil. 529 (1989), Fischer, „The Trolley and the Sorites“, 4 Yale J.L. & Human. 105 (1992), Bedford Naylor. 1988. „The Moral of the Trolley Problem“ in Philosophy and Phenomenological Research, Vol. XLVIII, No. 4. In neuester Zeit wurde das Weichenstellerproblem auch moralpsychologisch untersucht, vgl. nur Greene, „An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment“ in Science, 293 (5537), Ders., „The Secret Joke of Kant’s Soul“, S. 41ff.

¹⁰⁹ Im deutschen Recht sprach Welzel sogar davon, dass „[d]er Beamte, der das Umstellen der Weiche unterlässt, [] nicht nur rechtlich, sondern auch ethisch [sic!] eklatant unrecht gehandelt [hat].“ ZStW 63 (1951), S. 51

¹¹⁰ Zur Garantenstellung und dem eingeschränkten Recht auf Leben, vgl. Höfling/ Augsberg, S. 1082.

¹¹¹ Dass das Betreten nicht als Verzicht auf das Grundrecht auf Leben zu deuten ist, vgl. Dröge, S. 210. Anders sah es jedoch der Sachverständige des Innenausschusses des Bundestages, Prof. Robbers. Dieser meinte, die Passagiere seien sich des Risikos beim Einsteigen ins Flugzeug bewusst gewesen. Deshalb seien sie „nicht gänzlich unbeteiligt.“ Robbers, „Stellungnahme“.

Aber wenn das erste Weichenstellerproblem modifiziert würde, indem nicht ein Gleisarbeiter, sondern ein normaler Bürger auf dem einen Gleis stünde und 10 auf dem anderen, würde die moralische Bewertung nicht anders ausfallen: die Tötung im ersten Fall scheint legitim, im zweiten jedoch nicht.¹¹² Dabei ist in beiden Fällen das Resultat das Gleiche: eine Person wird getötet und zehn werden gerettet. Wenn das Resultat in beiden Fällen das Gleiche ist, warum fällt die normative Bewertung in den Fällen so unterschiedlich aus?

Der Unterschied, der diese unterschiedlichen Reaktionen erklärt, liegt vermutlich in der **Mittel-Zweck-Relation**: im zweiten Fall wird eine Person getötet, *damit* die 10 anderen gerettet werden. Im ersten Fall ist die Tötung ein ungewollter Nebeneffekt, kein notwendiges Mittel zur Rettung. Folgendes Gedankenexperiment veranschaulicht dies: wenn im ersten Fall die eine Person auf dem Gleis sich in Luft auflöste, würden die 10 Personen auf dem anderen Gleis immer noch gerettet werden. Mit anderen Worten, dass diese eine Person sich auf dem einen Gleis befindet und getötet wird, ist kein notwendiges Mittel, damit die 10 Personen gerettet werden können. Im zweiten Fall ist dieses jedoch nicht der Fall: wenn der dicke Mann nicht von der Brücke geschubst wird, können die 10 Personen auf dem Gleis nicht gerettet werden. Wenn der dicke Mann sich in Luft auflösen würde, würde der Zug die 10 Menschen töten. Mit anderen Worten, der dicke Mann wird als Mittel zum Zweck benutzt. Insofern er als reine Rechengröße instrumentalisiert wird, wird seine Würde verletzt. Das ist auch der Grund, warum im zweiten Fall Abwägungsüberlegungen zugrunde gelegt werden, während im ersten Fall gar keine Abwägung stattfindet. Schließlich ist es hier einerlei, ob die Person auf dem einen Gleis jung oder alt ist, klug oder dumm, hässlich oder schön – ihr Tod war nicht beabsichtigt und er war vor allem nicht wesentlich zur Rettung der anderen.¹¹³

Dieser Gedanke unterscheidet auch den ersten Weichenstellerfall vom Mobbeispiel nach Nozick: während im ersten Fall des Weichenstellerproblems ein Unschuldiger als ungewollter Nebeneffekt der Rettungshandlung stirbt, wird im Mobbeispiel ein Unschuldiger *ausgesucht*, der sterben soll, damit andere gerettet werden. Dass in der

¹¹² Greene, „The Secret Joke of Kant's Soul“, S. 42.

¹¹³ Es gibt noch eine dritte Variante des Weichenstellerproblems, wo die Mittel-Zweck-Relation eine andere ist, die sog. Loop-Variante. Aber diese muss nicht hier diskutiert werden. vgl. Thomson, The Trolley Problem, Yale L. J., S. 1403

Selektion des Opfers keine Diskriminierung erfolgte – dass nur „irgendeiner erhalten musste“ – ist nicht zentral, sondern eher, dass *überhaupt* jemand als Mittel zum Zweck benutzt und getötet wurde. Insofern wird im Mobbeispiel „Gott gespielt“, eine Anschuldigung, wie sie Befürwortern des Luftsicherheitsgesetzes vorgehalten wurde.¹¹⁴ Diese Anschuldigung ist jedoch absurd, da sich das Szenario im Luftsicherheitsgesetz an dieser kritischen Stelle vom Mobbeispiel unterscheidet. Vielmehr ist der Fall des Flugzeugabschusses analog zum ersten Weichenstellerproblem: Dass die Passagiere am Bord des Flugzeuges sind, ist nicht wesentlich für die Rettung der Menschen am Boden. Schließlich würden die Menschen am Boden immer noch gerettet werden, wenn das Flugzeug abgeschossen würde, wäre niemand an Bord oder nur die Terroristen. (In diesem Falle wäre der Abschuss auch rechtlich in Ordnung, so das Gericht.)

Dass die Passagiere getötet werden, hängt nicht damit zusammen, dass ihr Leben weniger wert sei als das der Menschen auf dem Boden. Selbst wenn das Flugzeug voller Kinder mit sehr langen Lebenserwartungen wäre oder viele Nobelpreisträger an Bord hätte, die große gesellschaftliche Verdienste brächten, würde es keine Rolle

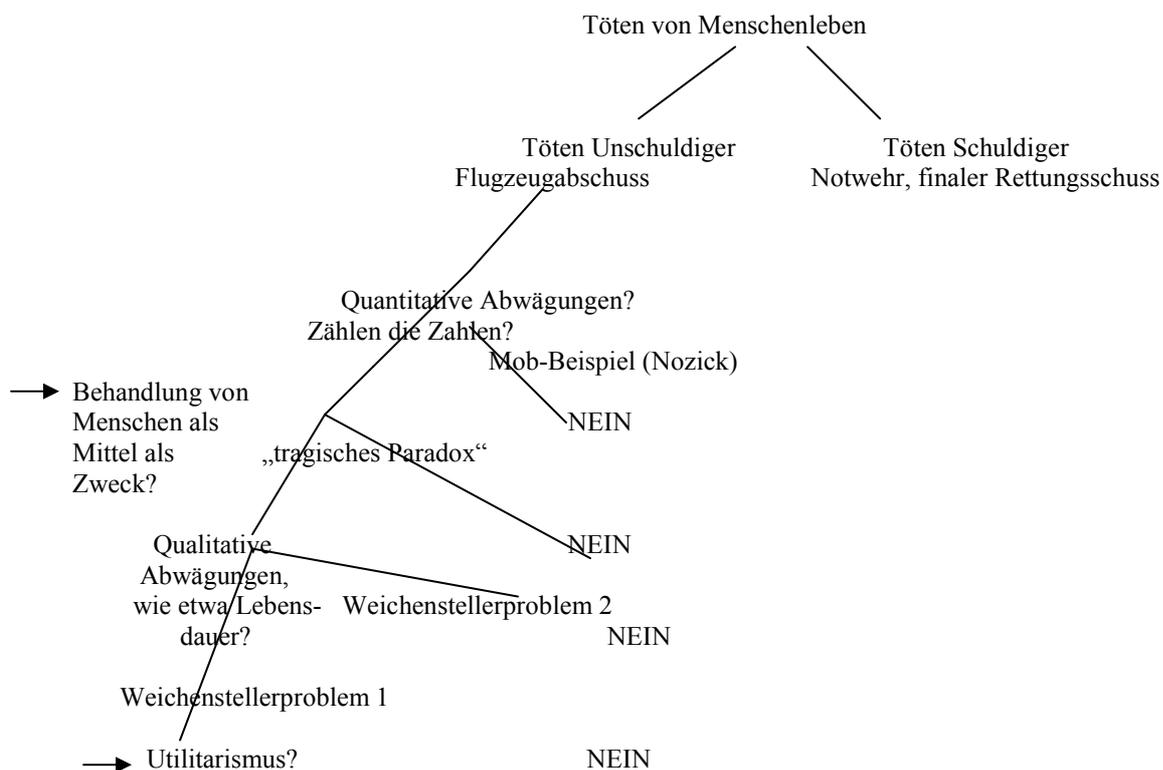
¹¹⁴ vgl. Hirsch zit. in Bittner, „Bürger, frei zum Abschuss“. Siehe auch Hirsch, ZRP S. 274; Die andere Dimension des Vorwurfes, man spiele Gott, hängt mit einer empirischen Unsicherheit zusammen: nur Gott könne wissen, ob das Flugzeug wirklich ins Hochhaus stürzt. Zum einen könnte es ja sein, dass es sich gar nicht um einen Terroranschlag handelt – wie z.B. beim Flugzeug, das zu den Olympischen Spielen 1972 in München für Verwirrung bei den Sicherheitskräften sorgte oder wie im Falle des südkoreanischen Passagierflugzeuges, welches 1983 von der russischen Luftwaffe versehentlich abgeschossen wurde. (U.a. erinnert Linke in seinem Aufsatz an diese Vorfälle.) Zum anderen, sollte es sich um ein von Terroristen entführtes Flugzeug handeln, kann es durchaus möglich sein, dass die Passagiere Kontrolle über das Flugzeug zurückgewinnen würden – wie das beim Flugzeug, welches in Pennsylvania abgestürzt ist, der Fall war -- oder dass die Terroristen in letzter Sekunde eine Kehrtwende machen. Oft hören wir auch in den Nachrichten, dass totgeweihte Menschen wie durch ein Wunder überlebt hätten und dass man daher nicht voreilig handeln solle. Vgl. Merkel; E. B. Franz, „Der Bundeswehreininsatz im Innern und die Tötung Unschuldiger im Kreuzfeuer von Menschenwürde und Recht auf Leben“, Der Staat (2006), S. 537f. Vgl. Schlink, S. 34; Sinn, S. 591; Höfling/Augsberg, S. 1083; Hase, S. 217. Zu diesem allgemeinen Punkt in der wissenschaftlichen Literatur, vgl. Roxin, AT I §16 Rn. 35.

Dieses Argument ist jedoch fragwürdig. Dass wir solche Fälle als Wunder bezeichnen, ist schließlich nicht ohne Grund. In den meisten Fällen nämlich nehmen die Ereignisse ihren erwarteten Verlauf und Menschen sterben. Warum ist es dann nötig alle anstelle nur einer Todesgruppe in den Tod gehen zu lassen? Man kann nicht Menschen in Todesangst raten, lieber auf ein Wunder zu warten als selbst tätig zu werden, um ihr Leben zu verlängern.

Eine solche Haltung nehmen wir auch in anderen Fällen ein: so ist einem in Notwehrfällen gestattet, einen Angreifer zu töten, wenn er glaubt, dass dieses zu seiner Rettung nötig ist. Unsicherheiten spielen hier auch eine Rolle: es könnte sein, dass der Angreifer de facto keiner war, sondern nur ein Schauspieler mit einer Plastikwaffe. Vgl. Kühl, StGB, Rdn. 52. Oder es ist vorstellbar, dass ein tatsächlicher Angreifer es sich im letzten Augenblick anders überlegt und von seinem Mordplan abrückt, oder dass er einen Herzinfarkt in letzter Sekunde bekommt. Dennoch muten wir dem potentiellen Opfer zu Recht nicht zu, auf solche Unsicherheiten Rücksicht zu nehmen, wenn ihm der Tod vor Augen steht. Daher ist dieser Einwand nicht stichhaltig.

spielen. Abwägungen solcher Art finden gar nicht statt. Die Passagiere werden nicht aufgrund irgendwelcher qualitativen Überlegungen abgeschossen. Vielmehr ist ihr Tod ein unglücklicher Nebeneffekt einer Rettungshandlung, die auch ohne ihre Anwesenheit hätte stattfinden können. Insofern werden die Passagiere an Bord nicht als bloßes Mittel zum Zweck behandelt. Und wenn man eine Verletzung der Menschenwürde so definiert – dass Menschen als bloßes Mittel zum Zweck und nicht als Selbstzweck benutzt werden – wie es das Gericht getan hat, dann scheint der Abschuss der Maschine keine Verletzung der Menschenwürde darzustellen.¹¹⁵ Der Vorwurf des Gerichts, man benutze beim Gesetz utilitaristisches Kalkül, läuft also ins Leere.

Graphisch könnte man den Argumentationsstrang folgendermaßen zusammenzufassen:



¹¹⁵ So auch Matthias Herdegen in Maunz/Dürig, „Grundgesetz“, Art. 1 Rn. 90 :„[D]ie Inkaufnahme der Tötung Unbeteiligter [lässt] sich nicht als deren „Instrumentalisierung“ begreifen; denn der Zugriff auf das Leben ist hier nicht Mittel, sondern unausweichliche Folge der Gefahrenabwehr. Auch die Berücksichtigung eines ohnehin unmittelbar drohenden Todes (Beispiel Abschuss eines entführten Flugzeugs zur Abwehr eines terroristischen Angriffs nach §14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes) verletzt den Würdeanspruch nicht, da sich dieses Kriterium gerade auf das beeinträchtigte Rechtsgut Leben (in seinem schicksalhaft, nicht von Staats wegen geminderten Gehalt) bezieht.“

Natürlich ist es nicht auszuschließen, dass manchmal Menschen als Mittel zum Zweck getötet werden, wenn es die Umstände verlangen. Würde das Ausmaß der Katastrophe hinreichend groß sein, so ist es nicht undenkbar, dass die Würde eines Menschen verletzt wird, wenn dieses die einzige Möglichkeit ist, diese Katastrophe zu umgehen. Wann solche Handlungen gerechtfertigt sind, werde ich in den Schlussbemerkungen diskutieren.

Was der Graph jedoch zeigt, ist, dass je tiefer man geht – d.h. je weniger Abwägungen stattfinden – desto “leichter” ist es, die Tötung von Unschuldigen zu rechtfertigen. Je höher man jedoch geht – wenn z.B. unschuldige Menschen aufgrund von quantitativen Überlegungen als Mittel zum Zweck getötet werden – desto schwieriger gestaltet sich die moralische Begründung. In einem solchen Fall muss das Ausmaß der Katastrophe sehr groß sein.

3. Eine verfassungskonforme Auslegung des Luftsicherheitsgesetzes

1. Eine verfassungskonforme Auslegung des Luftsicherheitsgesetzes

Nachdem nun aufgezeigt wurde, dass der Abschuss keine Abwägung von Menschenleben beinhaltet und somit keine Verletzung der Menschenwürde konstituiert, muss ermittelt werden, ob die Grundrechtseinschränkung im Szenario dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht. Wenn dem so ist, stellt der Abschuss des Flugzeugs nicht nur moralisch kein großes Problem dar, sondern auch kein verfassungsrechtliches.

Zur Rekapitulation: Jedes Grundrecht, auch das Recht auf Leben, ist nicht absolut zu verstehen. Es steht unter einem Gesetzesvorbehalt, nach welchem der Staat dieses Grundrecht einschränken darf. Diese Einschränkung darf aber nicht beliebig geschehen. Damit eine Grundrechtseinschränkung verfassungsmäßig ist, reicht es nicht aus, dass diese bloß gesetzlich legitimiert ist. Die Einschränkung muss auch verhältnismäßig sein. Verhältnismäßigkeit bedeutet hier, dass die Einschränkung einem legitimen Zweck dienen muss, sie die am wenigsten restriktive vorhandene Maßnahme ist und dass ihr Eingriff in ein Grundrecht deutlich durch die resultierenden Vorteile aufgewogen werden muss.

Ob dieses beim Luftsicherheitsgesetz der Fall ist, kann man sich verdeutlichen, wenn man sich die beiden Szenarien des Weichenstellerproblems vergegenwärtigt, da hier die jeweiligen Opfer in den zwei Szenarien unterschiedlich starke Rechtsansprüche haben. Der Philosoph Alec Walen hat die wichtige Terminologie zwischen dem Opfer als *disabler* und *enabler* eingeführt.¹¹⁶ Beim Opfer als *disabler* handelt es sich um jemand, dessen Leben als ungewollter Nebeneffekt genommen wird, wobei seine Tötung kein notwendiges Mittel zur Rettung anderer war. Beim Opfer als *enabler* handelt es sich um eine Person, die als Mittel zum Zweck zur Rettung anderer benutzt wurde. Die Autonomie des Opfers als *enabler* wird aus moralischtheoretischer Sicht verletzt, während diese beim *disabler* respektiert wird. Der Rechtsanspruch des Opfers als *disabler* ist dementsprechend sehr viel schwächer als der des *enablers*. Im ersten Weichenstellerszenario erhebt das Opfer den Rechtsanspruch, dass sein Recht

¹¹⁶ Walen, „Doing, Allowing and Disabling: Some Principles Governing Deontological Restrictions“, 80 *Philosophical Studies*, 183-214 (1995). Für eine ähnliche Terminologie, siehe Eric Rakowski, „Taking and Saving Lives“, welches eine weitere Studie darüber ist, dass deontologisches Denken nicht kategorisch das Töten von Menschen zur Rettung Vieler verbieten muss.

auf Leben Grund genug ist, die Rettungsaktion, die ansonsten erlaubt und erwünscht wäre, nicht durchzuführen. Im zweiten Szenario würde das Opfer ein enabler sein und versuchen, den Rechtsanspruch geltend zu machen, dass er nicht als reines Mittel zum Zwecke der Rettung anderer benutzt werden dürfe. Ein solcher Rechtsanspruch ist, wie vorhin erklärt, sehr viel schwerwiegender, da unser Moralverständnis dem deutlich widerspricht.

Mattias Kumm übernimmt die Terminologie von Walen und argumentiert in seinem Aufsatz „What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right“¹¹⁷, dass das Bundesverfassungsgericht das Luftsicherheitsgesetz nach seiner Auslegungsmethode, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, für verfassungskonform hätte erklären müssen.

2. Was ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip und was sind seine Prinzipien?

Anders als im amerikanischen Rechtsraum ist in Rechtsräumen wie unserem, wo Verfassungen und Kommentare das Recht bestimmen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip die angewendete Methode in der Rechtsanalyse. Dieses Prinzip wird, wie oben bereits erwähnt¹¹⁸, von der Judikative dazu benutzt, um zu bestimmen, was die Grenzen von Grundrechten sind. Es besagt, dass Grundrechte dann vom Staat gesetzlich eingeschränkt werden dürfen, wenn dies in einer verhältnismäßigen Weise geschieht und das Gesetz einem legitimen Zweck dient. Wenn das Gesetz diese Möglichkeiten verletzt, muss es als verfassungswidrig erklärt werden, weil es dann Grundrechte verletzt.

Wer ein Gesetz unter dieser Methode analysiert, muss einem Zwei-Stufen-Modell folgen: es muss in einem ersten Schritt bestimmt werden, ob das betreffende Gesetz ein Grundrecht verletzt. Wenn dies der Fall ist, dann liegt eine *prima facie* Grundrechtsverletzung vor. Im zweiten Schritt fragt man sich, ob das Gesetz gerechtfertigt werden kann, sofern es in einem verhältnismäßigen Masse eingreift und

¹¹⁷ Mattias Kumm, „What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On The Place And Limits of the Proportionality Requirement“, in Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy (S. Paulson and G. Pavlakos, ed., Hart, 2007)

¹¹⁸ Oben S. 31ff.

einem legitimen Zweck dient.¹¹⁹ Wenn eine Rechtfertigung nicht vorliegt, liegt eine *genuine* Grundrechtsverletzung vor.

Die Tatsache, dass man zwei Schritte durchgehen muss, ist insofern wichtig, als dass ein Bürger als Grundrechtsträger per se nicht sehr viel besitzt. Die reine Tatsache, dass er ein *prima facie* Grundrecht hat, bedeutet nicht, dass ihr dieses in eine Position versetzt, die policy-Überlegungen, die sein Grundrecht konterkarieren, notwendigerweise suspendieren. Dies hängt vom Status seines Rechtsanspruches ab. Sein *prima facie* Recht löst lediglich eine Diskussion darüber aus, ob sein Recht genuin verletzt, d.h. gerechtfertigter Weise verletzt wurde. Oder um Walens Terminologie zu benutzen: wenn der Betroffene ein *disabler* ist, muss gesehen werden, ob der Grundrechtseingriff verhältnismäßig ist. Wenn er *enabler* ist, wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip gar nicht erst angewendet, da der *enabler* als bloßes Mittel zum Zweck instrumentalisiert wird und somit eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. Und, wie anfangs angemerkt¹²⁰, Verstöße gegen Art. 1 GG entziehen sich jeglicher Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsüberlegungen.

Was heißt das nun für das Szenario des Luftsicherheitsgesetzes? Hier wird natürlich *prima facie* das Grundrecht auf Leben verletzt, jedoch liegt hier keine *genuine* Grundrechtsverletzung vor, da die Opfer *disabler* und nicht *enabler* sind. Die Passagiere werden nicht als reines Mittel zum Zweck benutzt und somit wird ihre Würde nicht verletzt. Wie es Ladiges in seiner juristischen Analyse ausgedrückt hat: „[D]as Recht der Flugzeugpassagiere, nicht getötet zu werden, steh[t] systematisch nicht auf der gleichen Stufe wie das Recht der bedrohten Menschen am Boden, Hilfe zu erhalten.“ Nun folgt im zweiten Schritt die Frage, ob wir es mit einer gerechtfertigten Grundrechtseinschränkung zu tun haben. Hier kann man behaupten, dass dieses der Fall sei, da der Abschuss des Flugzeuges schließlich einem legitimen Zweck dient, nämlich der Rettung anderer Menschen, die der Staat noch retten kann, verhältnismäßig ist, d.h. das Zahlenverhältnis von Opfern und Geretteten ist *kommensurat*, und angemessen ist, insofern es sich beim Abschuss um eine *ultima-ratio*-Maßnahme handelt. Kumm, der diese Ansicht vertritt, resümiert daher: “A law

¹¹⁹ Um festzustellen, ob ein vom Staat gewähltes Mittel verhältnismäßig ist, muss ein Drei-Stufen-Test durchgeführt werden, nach dem das Mittel 1. geeignet, 2. erforderlich und 3. verhältnismäßig im engeren Sinne, d.h. angemessen sein muss. vgl. die Literaturverweise auf S. 31 Fn. 57

¹²⁰ siehe Diskussion oben S. 31f.

that provides adequate procedural safeguards to rule out mistakes and ensures that authorization will only occur when a commensurate number of lives are saved does not violate the right to life. (...) The case [of the Air Security Act] nicely exemplifies how arguments relating to deontological constraints can be misunderstood.”¹²¹

Problematisch gestaltet sich dies im Besonderen in den Fällen, in denen die Anzahl der zu rettenden Personen geringer ist, als die der abzuschießenden Passagiere. Diese Szenarien sind diejenigen, in denen das Flugzeug in gering besetzte Häuser oder Nuklearreaktoren stürzen würde. Dann stellt sich die Frage, ob die Anzahl der Passagiere als Null zählen sollte, da sie schließlich ohnehin sterben würden, würden die Ereignisse ihren beabsichtigten Verlauf nehmen. Indem man ihnen den Zahlenwert Null zuschreibt, würde das Verhältnismäßigkeitsprinzip wieder hergestellt sein.¹²² Die Zahl Null der Anzahl der Passagiere zuzuschreiben, ist auch insofern legitim als dass der Staat nicht für die Tötung der Passagiere verantwortlich gemacht werden könne. Es ist nicht sein Tun, sondern das der Terroristen, das zu dieser Situation geführt hat. Es ist nicht der Staat, der die Passagiere als Mittel benutzt, wie das Bundesverfassungsgericht fälschlicherweise annahm, sondern es sind die Terroristen.¹²³ Wenn man sich also die Zahlenwerte ansieht, kann man argumentieren, dass der Staat, sofern er nur eine Person rettet, zum Abschuss berechtigt sei, da er für den Massenmord an den Passagieren keine Verantwortung trägt. Daher ist ihre Rettung ohnehin proportional zum entstandenen Schaden zu sehen, den sie nicht verursacht haben.¹²⁴

3. Weiterführende Gedanken/ Analogien zu anderen Dilemmata

Es ist anzumerken, dass wir diesen Sachverhalt in einem anderen Zusammenhang durchaus in Kauf nehmen: beim Tyrannenmord. Der Politologe Lothar Fritze hat öffentlich gefragt, warum wir die Hitler-Attentäter wie Georg Elsner, die immerhin

¹²¹ Kumm, S. 156, No.58; Ebenso Sittard/ Ulbrich, Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Das Luftsicherheitsgesetz, Juristische Schulung (JuS) 2005 (435).

¹²² Kumm, S. 156.

¹²³ Isensee, S. 227.

¹²⁴ Im amerikanischen Strafrecht scheint dieses Prinzip impliziert zu sein. So gibt es anders als im deutschen Recht die Möglichkeit für Polizisten, ein human shield zu töten. Wenn zum Beispiel ein Bankräuber einen Bankangestellten als menschliches Schutzschild vor sich hält und ein Polizist, der im Prozess ist, den Räuber zu töten, dabei die Geisel tötet, so ist der Polizist hierbei nicht für den Tod der Geisel zur Rechenschaft zu ziehen. In Deutschland befürwortet eine ähnliche Regelung Spendel, LK Rdn. 99 vor § 32, S. 216f., 222f.

Zivilisten beim Anschlag umgebracht haben, feiern, anstatt sie als Mörder zu verdammen.¹²⁵ Dafür hat Fritze viel Kritik einstecken müssen.¹²⁶ Hier kann man auch sagen, dass es einen großen Unterschied macht, ob jemand dabei Zivilisten als Mittel zum Zweck umbringt (enabler) oder dies als ungewollter Nebeneffekt geschieht (disabler).¹²⁷ Dass dabei zahlenmäßig mehr Menschen getötet als gerettet werden, ist schwer auszumachen. Schließlich hätte das Hitler-Regime wie durch ein Wunder ohne weitere Tote und Verletzte am Morgen des 10. November 1938 enden können. Aber wenn man den Getöteten den Zahlenwert Null zurechnet, da man schließlich nicht die Gefahr verursacht hat, scheint auch diese Tat verhältnismäßig zu sein.

In heutigen Kontexten gilt ähnliches: so ist die gezielte Tötung von Terroristen, bei der Zivilisten als Nebeneffekt zu Tode gekommen quasi wie ein Tyrannenmord, welche zum Zweck hat, zukünftigen Schaden zu vereiteln. Und auch der moralische und rechtliche Unterschied zwischen Kollateralschäden und Terrorbombardements liegt in der disabler/enabler-Unterscheidung. Während die toten Zivilisten im Nordlibanon Kollateralschäden waren (disabler),¹²⁸ deren Tod unbeabsichtigte Nebenfolge einer sonst rechtmäßigen Tat war, waren die Toten in Dresden und Hiroshima Opfer von Terrorbombardements (enabler), deren Leben als Mittel zum Zweck geopfert wurden.

Auch die moralische Legitimität von weniger spektakulären, politischen Entscheidungen, die wir im Alltag unreflektiert akzeptieren, wird durch die enabler/disabler Unterscheidung verdeutlicht: man stelle sich vor, eine Impfung für eine Grippe verursacht vier Todesfälle bei 10.000 Menschen, die geimpft werden sollen. Auch hier könnte man sagen, dass die vier Toten disabler sind – ungewollte Opfer einer Nebenwirkung, die zur „Rettung“ der anderen 9996 Menschen nicht

¹²⁵ Fritze, „Der Ehre zuviel – Eine moralphilosophische Betrachtung zum Hitler-Attentat von Georg Elsner,“ in Uwe Backes/ Jesse Eckhard (Hg.): „Jahrbuch Extremismus und Demokratie, S. 101-139, vgl. Ders., „Die Tötung Unschuldiger“.

¹²⁶ „Selbstherrliche Einmischung,“ Spiegel Online vom 22.9.2000.

¹²⁷ Der Bundesgerichtshof hat im Übrigen anerkannt, dass die Tötung Unschuldiger rechtmäßig sein kann, solange diese Tötung ein angemessenes Ziel, wie z. B. die Beseitigung der Führungsriege eines diktatorischen Regimes, verfolgt. Vgl. Ladiges, S. 303.

¹²⁸ Genauer genommen handelt es sich hierbei eher um „human shields,“ da sich die Hisbollah absichtlich unter Zivilisten aufhielt und diese als „human shields“ benutzte, in der Hoffnung, dass Israel aus Skrupel diese dann nicht töten würde. Wenn Israel sich entschlösse, doch zu handeln und bei Militärschlägen Zivilisten umkommen, erzielte Hisbollah zumindest einen PR-Coup. Aus der Sicht der Terroristen ergibt sich aus dieser Asymmetrie eine Win/Win-Situation. Vgl. Alan Dershowitz, „Arithmetic of pain“, Wall Street Journal, 19.07.2006.

wichtig waren. Man weiß auch, dass jede Tempobegrenzung einige dutzend Tote pro Jahr verhindern würde, dennoch erheben wir in vielen Fällen keine Tempobegrenzung. Sind die Verkehrstoten bloße Mittel, damit die anderen schneller tagtäglich zur Arbeit kommen können? Auch hier wird deutlich, dass dem Recht, nicht getötet zu werden, sehr viel weniger Anspruch zukommt, sofern das Opfer ein disabler ist.¹²⁹

4. Fazit

Um diesen Teil zusammenzufassen: das Luftsicherheitsgesetz scheint moralisch und verfassungsrechtlich keine Bedenken auszulösen. Eine genuine Grundrechtsverletzung liegt nicht vor. Die Menschenwürde wird nicht angetastet und die Einschränkung auf das Recht auf Leben ist verhältnismäßig. Nachdem im ersten Teil die substantielle Frage diskutiert wurde, ob der Abschuss moralisch und rechtlich zu rechtfertigen sei, werde ich im zweiten Teil die institutionelle Frage erörtern: ob wir den Abschuss gesetzlich regeln sollen oder ob es gegebenenfalls bessere Möglichkeiten gibt, mit solchen Notlagen umzugehen.

Doch bevor ich mich dieser Fragestellung widme, sei der Vollständigkeit halber zum Schluss eine Frage diskutiert, die das Bundesverfassungsgericht nicht beantworten wollte: ob es jemals eine Aufopferungspflicht des Individuums zum Gemeinwohl geben kann. Darf man jemals eine Person als Mittel zum Zweck einsetzen, um den Fortbestand der Gemeinschaft, wenn nicht gleich der ganzen Welt zu bewahren? Es ist natürlich klar, dass ich diese existentielle Fragestellung nicht in ein paar Seiten beantworten kann und da wir, wie oben gesehen, im Falle des Luftsicherheitsgesetzes ein anderes Szenario vor Augen haben – schließlich sind die Passagiere im Flugzeug disabler – ist dieser Teil für meine Gesamtargumentation unwesentlich. Dennoch seien einige skizzenhafte Punkte zum Thema angeführt.

¹²⁹ Wie es Shelley Kagan einmal formulierte: „For there is absolutely *nothing* that I can do which does not carry *some* risk of harming others. Driving a car risks maiming a pedestrian, cooking supper risks harming my housemates, and turning on a light risks electrocuting my neighbors.“ Kagan, „The Limits of Morality“, S. 89.

4. Solidaritätspflicht

1. Solidaritätspflicht: Kann man jemals Menschen als Mittel zum Zweck benutzen?

Das Bundesverfassungsgericht schrieb, dass es an dieser Stelle nicht darüber entscheiden wolle, wann es eine Solidaritätspflicht des Einzelnen für die Gemeinschaft geben kann.¹³⁰ Auch wenn dieser Satz für den Fall der Opfer als disabler verfehlt ist, so ist er für den Fall der Opfer als enabler akkurat.

Wie wir festgestellt haben, ist der Fall, in dem der Staat jemanden als Mittel zum Zweck opfern würde, nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen, da dies einem Verstoß gegen die Menschenwürde gleichkommt. Das Recht könnte hier nicht klarer sein: Keiner hat die Pflicht ein Held zu sein und zum Wohle anderer zu sterben.¹³¹

Dennoch kann nicht geleugnet werden, dass auch diese Grundsätze in Fällen größter Not wahrscheinlich verletzt würden. Würden wir vor einer Katastrophe stehen, in der die Existenz unseres Gemeinwesens oder der ganzen Welt bedroht wäre, wäre es geradezu fanatisch, an Grundrechtsauffassungen festzuhalten, die zwar für den Normal- und den "normalen" Ausnahmefall, jedoch nicht für solche Fälle geschaffen wurden.¹³²

¹³⁰ Dass dieses Offenlassen der Frage Absicht des Gerichts war, räumte Hans-Jürgen Papier ein: „[Beim Urteil] lässt sich das Bundesverfassungsgericht nicht auf die quantitative Überlegung ein, ob die Opfer auf der Erde oder im Luftfahrzeug zahlreicher wären, und verwirft auch den Gedanken eines staatlichen Tötungsrechts gegenüber den „ohnehin todgeweihten unschuldigen Passagieren.“ Verneint wird grundsätzlich auch eine Opferpflicht im „Interesse des Staatsganzen“, wobei ausdrücklich in dieser Entscheidung offen gelassen wird, ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn nur durch eine Aufopferung des Lebens das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen bewahrt werden kann, die auf diesen Zusammenbruch und Zerstörung abzielen. Das Bundesverfassungsgericht stellte ausdrücklich klar, dass es bei der Abschussermächtigung des Luftsicherheitsgesetzes nicht um die Abwehr von solchen Angriffen geht, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind.“ S. 12

¹³¹ vgl. Diskussion, oben S. 44, vgl. auch Höfling/Augsberg, S. 1082; Vgl. folgende Kommentare dazu Erb, MK zum StGB, § 34 StGB Rn. 114; Hirsch, LK zum StGB, § 34 StGB Rn. 65; Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder: Strafrecht AT, § 34 StGB Rn. 11; Neumann, NK zum StGB, § 34 StGB Rn. 73 Jescheck/Weigend, § 33 IV 3a (S. 361); Kühl, § 8 Rn. 4; Roxin, Strafrecht AT, Teilband 1, § 16 Rn. 29.

¹³² Dass das Recht nicht mit solchen Extremlagen umgehen kann noch sollte, geht bereits auf Aristoteles zurück. Siehe Aristoteles, „Nikomachische Ethik“, 1137b 17-28: „Jedes Gesetz [ist] allgemein und bei manchen Dingen [lassen sich] richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz nicht geben. Wo nun eine allgemeine Bestimmung zu treffen ist, ohne dass sie ganz richtig sein kann, da berücksichtigt das Gesetz die Mehrheit der Fälle, ohne über das diesem Verfahren anhaftende Gebrechen im unklaren zu sein. Nichtsdestoweniger ist dieses Verfahren richtig. Denn der Fehler liegt weder an dem Gesetz noch an dem Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache. Denn im Gebiet des Handelns ist die ganze Materie von vornherein so (dass das gedachte Gebrechen nicht ausbleibt). Wenn demnach das Gesetz allgemein spricht, aber in concreto ein Fall eintritt, der in der allgemeinen Bestimmung nicht einbegriffen ist, so ist es, insofern der Gesetzgeber diesen Fall ausser acht lässt und,

2. Notstandsverordnungen und Terrorismus

Auch das deutsche positive Recht ist sich dessen bewusst: so gibt es beispielsweise in Art. 20 Abs. 4 GG durchaus den Gedanken, dass der Bürger bei einer existentiellen Gefahr des Gemeinwesens notfalls sein Leben aufgeben muss. Eine solche Lage entstehe, wenn die staatlichen Institutionen bereits funktionsunfähig sind und die Bürger folglich auf sich allein gestellt sind. Sollte ein solches Szenario eintreten, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, sofern alle anderen Abhilfsmöglichkeiten entfallen. Dabei könne es durchaus dazu kommen, dass im Versuch, gegen den Urheber des Umsturzes vorzugehen, massive Schädigungen Dritter angerichtet werden. So schreibt Pawlik, dass nach Art. 20 Abs. 4 GG beispielsweise der Beschuss von Aufständischen rechtmäßig wäre, auch wenn dadurch Unschuldige ums Leben kämen.¹³³ Eine solche Bestimmung autorisiere jedoch nicht die staatlichen Organe, die in dem Szenario schließlich nicht mehr funktionieren.

Aber es gäbe auch Szenarien, in denen staatliche Institutionen von der Zivilbevölkerung die Preisgabe ihres Lebens abverlangen könnten. Wie Pawlik bemerkt:

„[I]m Kontext institutionalisierter militärischer Tätigkeit [sind] ohne weiteres Situationen denkbar, in denen im Interesse des Fortbestandes des Staates und seiner Rechtsordnung die Aufopferung unschuldiger Bürger unvermeidbar ist. So ist der Soldat im Verteidigungsfall zum Einsatz seines Lebens verpflichtet. Auch Angehörigen der Zivilbevölkerung darf im äußersten Notfall die Preisgabe ihres Lebens abverlangt werden. Man stelle sich vor, ein feindlicher Staat habe einen Teil des Territoriums der Bundesrepublik besetzt – ein bis zum Ende des Kalten Krieges keineswegs abwegiges Szenario. Um dieses Gebiet freizukämpfen, ist ein massiver Einsatz schwerer Waffen erforderlich, in dessen Folge vorhersehbarerweise auch einige Zivilisten ums Leben kommen werden. Die betreffende militärische Aktion aus diesem Grund für unzulässig zu erklären, hieße, in einem so dicht besiedelten Staat wie der Bundesrepublik wirksame Landesverteidigung praktisch unmöglich zu machen. Eine derart rigide Fesselung der Bundeswehr wäre daher mit dem Bekenntnis der Verfassung zur militärischen Verteidigung (Art. 87 a Abs. 1 S. 1 GG) kaum mehr vereinbar. Zweifelhaft kann deshalb schwerlich sein, dass in solchen Fällen die Zufügung tödlicher

allgemein sprechend, gefehlt hat, richtig gehandelt, das Versäumte zu verbessern, wie es auch der Gesetzgeber selbst, wenn er den Fall vor sich hätte, tun, und wenn er ihn gewusst hätte, es im Gesetz bestimmt haben würde. Daher ist das Billige ein Recht und besser als ein gewisses Recht, aber nicht besser als das Recht schlechthin, sondern als jenes Recht, das, weil es keinen Unterschied kennt, mangelhaft ist. Und das ist die Natur des Billigen: es ist eine Korrektur des Gesetzes, da wo dasselbe wegen seiner allgemeinen Fassung mangelhaft bleibt. Dies ist auch die Ursache davon, dass nicht alles gesetzlich geregelt ist.”

¹³³ Pawlik, S. 1053, Für eine Kritik an dieser Auslegung, vgl. Dröge, S. 203.

Kollateralschäden zulässig ist, sondern lediglich, welchen *Umfang* diese Schäden höchstens haben dürfen.“¹³⁴

Wie zu Recht angemerkt wird, gehören Terrorattacken nicht zu den Szenarien, welche eine Bedrohung für das Gemeinwesen darstellen.¹³⁵ Bisher hat kein einziger Terroranschlag das Ende eines Staates herbeiführen können. Der Fall Israels zeigt, dass selbst ein Land, in dem seit der Gründung Terror verübt wird, sich nicht in existentieller Gefahr befindet. Noch hatten die Angriffe in New York, Washington, Bali, London und Shaem-el-Sheik die Existenz des Gemeinwesens zum Ziel. Vielmehr hat Terrorismus, einer geläufigen Definition nach, zum Ziel „mit den Mitteln der Angstverbreitung gezielt möglichst viele Unschuldige töten zu wollen, um ihre Vorstellung zu verwirklichen und bestehende Strukturen zu erschüttern, so dass eine Veränderung der bestehenden Verhältnisse erreicht wird.“¹³⁶ Daher handelt es sich beim Terrorismus eher um den „normalen Ausnahmefall“, in der eine Notlage entsteht, die jedoch in gewisser Weise antizipierbar und kontrollierbar ist. Es handelt sich demnach nicht um den „außergewöhnlichen Ausnahmefall“,¹³⁷ der eine Bedrohung des Gemeinwesens darstellt.

¹³⁴ Pawlik, S. 1053-1054. Ferner kommt das Widerstandsrecht als Rechtfertigungsgrund für die Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes nicht in Frage, da er schließlich nur den Bürgern ein Widerstandsrecht einräumt und nicht dem Staat. Vgl. Hilgendorf, S. 128; Vgl. auch Giemulla, S. 373.

¹³⁵ Bruce Ackerman, „The Emergency Constitution,“ 113 Yale L.J. 1029 (2004), S. 1036f.

¹³⁶ Dreist, „Einsatz der Bundeswehr im Innern“ (zit. Schmalenbach, „Der internationale Terrorismus – Ein Definitionsversuch, in: NZWehrR 42 (2000), S. 15ff (20) Für die Sicht, dass Terrorismus keine existentielle Gefahr für einen Staat darstellt, vgl. Höfling/Augsberg, S. 1086, Pawlik S.1051, Huster S.1048, vgl. Lutze, „Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr“, S. 103. Für einen historischen Abriss von Terrorismus, vgl. Dershowitz, „Why Terrorism Works“, Kap. 2.

¹³⁷ Dass Flugzeugentführungen keinen „außergewöhnlichen Ausnahmefall“ darstellen, belegt die Statistik, dass seit 1951 über 500 Flugzeuge entführt wurden, um politische und kriminelle Forderungen zu erpressen. Vgl. Wilkesmann, „Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs“, S. 1317. Auch Giemulla erinnert in seinem langen Kommentar zum LuftSiG: „Wenngleich das Stichwort „Luftsicherheit“ heute in erster Linie die Erinnerungen an den „11. September“ (2001) wachruft, so darf doch nicht verkannt werden, dass es vorher schon terroristische Angriffe auf die Zivilluftfahrt gegeben hat, die auch in Deutschland entsprechende Reaktionen des Gesetzgebers hervorgerufen haben. Die hierdurch ermöglichten Maßnahmen waren zunächst nur repressiver Natur, indem neue Strafbestände geschaffen bzw. bestehende an die neue Bedrohungslage angepasst wurden. Ab dem Jahre 1980 wurden dann zunehmend auch präventive Maßnahmen eingeführt.“ S. 25. Auch heute seien Zwischenfälle nichts Besonderes. Wie Giemulla an anderer Stelle bemerkt: „Im Jahr 2004 ist es zu insgesamt 444 einfachen Luftzwischenfällen gekommen, wobei in 33 der Fälle die Alarmröten in erhöhte Einsatzbereitschaft versetzt wurden und davon in 21 Fällen ein Alarmstart mit dem Auftrag zur Aufklärung und Intervention gegeben würde. Bis zum 31. Juli 2005 sind im Jahr 2005 insgesamt 201 Fälle von einfachen Luftzwischenfällen bekannt geworden.“ S. 337. Allerdings müssen diese Statistiken qualifiziert werden: „Einen erheblichen Luftzwischenfall, d.h. die Feststellung eines RENEGADE, hat es vor und seit dem Inkrafttreten des Luftsicherheitsgesetzes noch nicht gegeben. Dabei muss beachtet werden, dass alle diese Aufklärungsflüge der Alarmröten auf Grundlage des NATO Air Policing stattfanden und nach dem Willen der Bundesregierung auch weiterhin stattfinden werden.“ S. 337.

Dennoch ist es leicht vorstellbar, dass gewisse Terrorattacken – man denke nur an solche, in denen ABC-Waffen benutzt würden – in der Lage wären, Schäden katastrophalen Ausmaßes anzurichten.¹³⁸ Von der Tatsache, dass bis dato keine Terrorattacke das Gemeinwesen eines Staates zerstört hat, abzuleiten, dass dies in der Zukunft auch nicht geschehe, wäre naiv und unverantwortlich. Vielleicht hatten wir auch nur Glück, dass bisher Terroristen davon abgesehen haben. Möglicherweise wurden auch Terrorattacken katastrophalen Ausmaßes von den Geheimdiensten erfolgreich vereitelt. Was auch immer der Grund sein mag, die Annahme, dass Terrorattacken niemals die Gemeinschaft zerstören würden, erscheint unberechtigt.

Darüber hinaus gibt es eine epistemologische Schwierigkeit: wir wissen zum Zeitpunkt eines Terroranschlages nicht, wann der Endpunkt erreicht sein wird. So wussten wir am Nachmittag des 11. September, nachdem die zwei Türme zerstört wurden, nicht, wie viel mehr noch zu erwarten war. Es wäre durchaus denkbar gewesen, dass mit dem geplanten Einsturz ins Weiße Haus und das Kapitol die Institutionen der USA nicht mehr funktionsfähig gewesen wären. Eine klare Grenze ziehen zu wollen zwischen bloßen Notlagen und wahren Ausnahmesituationen ist

¹³⁸ Einige jedoch verneinen das. So schreibt Archangelskij: „Zwar sind anscheinend laut einem Gutachten der Gesellschaft für Reaktorsicherheit (GRS) mehrere ältere Atomkraftwerke in Deutschland gegen einen gezielten Flugzeugabsturz nicht oder unzureichend geschützt. Jedoch müssen zu einer Herbeiführung eines „Super-Gaus“ nach der Art von Tschernobyl mehrere Voraussetzungen kumulativ gegeben sein: so etwa ein bestimmter (den Terroristen wohl kaum bekannter) Aufprallwinkel, eine Mindestgeschwindigkeit sowie das genaue Treffen der Reaktorkuppel. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, bleibt zwar ein Trümmerfeld mit vielen Toten zurück, aber wohl keine atomare Gefahr vom globalen Maßstab.“ S. 101. Angesichts des Ausmaßes der Katastrophe und der Tatsache, dass solche „freak-Unfälle“ doch ab und zu passieren, würde ich die Gefahr nicht so leichtfertig abtun. Dennoch gibt es präventive Maßnahmen, die eine solche Katastrophe unwahrscheinlich machen: „Es gibt eine Vielzahl von präventiven Maßnahmen, die ergriffen werden können und zum großen Teil im Rahmen des sog. „Bundeseinheitlichen Gesamtkonzepts zur Terrorabwehr“ bereits ergriffen worden sind z.B. Maßnahmen wie der Einsatz von Sky Marshalls, die Verstärkung der Cockpits. Vgl. Giemulla, S. 361, „Technisch wäre es möglicherweise durchaus realisierbar, einen Teil der Triebwerke eines in die Gewalt von Terroristen geratenen Luftfahrzeugs so außer Betrieb zu setzen, dass nur noch eine kontrollierte Notlandung möglich ist... Sollten mehrere Triebwerke nachhaltig zerstört sein, wäre ein Weiterflug kaum mehr möglich und eine Notlandung zwingende Folge. Damit kommt man zum gleichen Ergebnis wie bei der Anwendung von Waffengewalt, d.h. die Terroristen würden daran gehindert, ihr eigentliches Ziel zu erreichen. In diesem Falle aber würden die an Bord befindlichen Menschen nicht sofort getötet werden, man räumte den Terroristen dann die Möglichkeit ein, mit einer Notlandung diese Menschen zu retten. Ob dieses eintreten würde, kann nicht sicher unterstellt werden. Zumindest aber ist damit den Menschen an Bord eine Überlebenschance gegeben, die sie bei der Anwendung von Waffengewalt nicht hätten. Wenn nun ein terroristisch gelenktes Luftfahrzeug statt dem Crash eine Notlandung vorzieht, wären Hunderte von Passagieren dem sicheren Tod entkommen. Selbst bei einer anschließenden Erpressung mit den noch an Bord befindlichen Geiseln haben alle eine größere Chance zum Überleben als bei einem gezielten Abschuss. Allein diese Erwägungen nähren die Vermutung, dass die Bundesregierung die Möglichkeiten, die einen Abschuss verhindern könnten, nicht ausreichend untersucht hat.“

folglich oft nicht möglich. Festzustellen, ob wir es wirklich mit einer Katastrophe zu tun haben, wäre nur im Nachhinein möglich – wenn es also längst zu spät ist, da die Institutionen, die diese Sachlage bewerten würden, nicht mehr funktionieren bzw. existieren würden.

Separate rechtliche Notstandsverordnungen zu haben, wie sie Pawlik aufgezählt hat, scheint daher nicht praktikabel.¹³⁹ Aufgrund der epistemologischen Schwierigkeit, gewisse Terroranschläge von möglichen Katastrophen zu unterscheiden, würde es eventuell mehr Sinn machen, gewisse Vorkehrungen, die im Ausnahmezustand erlaubt wären, unter Umständen in Normallagen anzuwenden. Die Szenarien, die Pawlik beschreibt, in denen Kollateralschäden innerhalb der Zivilbevölkerung entstehen, sind moralisch relativ leicht zu rechtfertigen.

Auch hier lässt sich die enabler/disabler Unterscheidung anwenden: die unschuldigen Zivilisten, die unbeabsichtigter Weise bei einem militärischen Einsatz ums Leben kommen würden, sind „disabler.“ Ihr Tod war kein notwendiges Mittel, um das Territorium zurückzuerobern. Ihr Rechtsanspruch auf Leben kann nicht bedeuten, dass der militärische Einsatz zu unterlassen ist. Will man dieser Logik, die wir im Szenario des Luftsicherheitsgesetzes entwickelt haben, folgen, so ist es nicht nötig, impraktikable Notstandsverordnungen zu haben, die solche Aktionen autorisieren. Insofern kein Verstoß gegen die Menschenwürde der Zivilisten vorliegt, würde unsere jetzige Rechtsordnung hierfür völlig ausreichen.

3. Der Tod von enablern

Schwieriger wird es, wenn wir es mit dem Tod Unschuldiger zu tun haben, die enabler sind, d.h. deren Leben wir als Mittel zum Zweck benutzen. Seit Jahrtausenden herrscht die weitestgehende Annahme, dass zur Abwendung von Katastrophen auch

¹³⁹ Dennoch hat es etwas Rechtsstaatliches, durch solche Notstandsvorkehrungen das Konzept eines rechtsfreien, übergesetzlichen Notstandes zu vermeiden. Schließlich war es eine der Funktionen der 1968 eingeführten Notstandsverfassung, dem Diktum „Not kennt kein Gebot“ entgegenzuwirken. Schily, „Das Notstandsrecht des Grundgesetzes und die Herausforderungen der Zeit“, EuGRZ 2005, S. 290ff. Ebenso Adolf Arndt: „Wo jedoch eine Notstandsverfassung fehlt, oder wo sich eine Regelung der Notstandsbefugnisse als unzureichend erweist, da bricht das Fürchterlichste Bahn, was einem Rechtsstaat widerfahren kann: [...] das hemmungslose Unrecht [...] Mangelt es an einem Notstandsrecht, oder ist diese Regelung mangelhaft, so kann ein solcher Mangel verderblicher sein als das mutige Gewähren kräftiger, aber auch klarer und insbesondere genau umgrenzter Vollmachten, vor denen man sich in Weimar so geängstigt hatte.“ Zit. nach Ladiges, S. 395, Fn. 1309. Vgl. Klein, S. 80.

dieses erlaubt wäre. Schon in der Bibel gibt es eine Geschichte, die dies illustriert. In Genesis 19, 30-38 gibt es eine wenig beachtete und recht kryptische Geschichte, in der Lots Töchter ihren Vater vergewaltigen, um geschwängert zu werden. Kommentatoren im jüdischen Recht haben diese Geschichte damit interpretiert, dass Lots Töchter dachten, die ganze Welt wäre vom Aussterben bedroht – schließlich gab es keine anderen Menschen zu der Zeit – und dass ausdrückliche Verbote, wie das Inzestverbot, im Falle von Katastrophen übertreten werden dürfen.¹⁴⁰

Schon das mittelalterliche Christentum hat diesen Gedanken mit der Doktrin des Doppeleffektes zum Ausdruck gebracht, nach der zu bewerten ist, ob man eine Handlung ausführen soll, wenn diese sowohl eine gute als auch eine schlechte Konsequenz hervorbringt (daher auch der Name: „Doppeleffekt“). Diese Doktrin geht auf Thomas von Aquin zurück¹⁴¹ und ist seither von vielen Seiten angeführt worden, um zu erklären, warum schlechte Handlungen manchmal erlaubt seien, um einen guten Zweck hervorzurufen, solange nur die gute Konsequenz beabsichtigt war und diese das Übel, welches hervorgerufen wird, wesentlich überwiegt. Hier würde die Doktrin die Legitimität der Handlung damit begründen, dass die schlechte Handlung einem guten Zweck diene, dessen Nutzen die Kosten der schlechten Handlung bei weitem überwiegt. Welch höheres Ziel könnte es schließlich geben als die Menschheit vor dem Aussterben zu schützen?¹⁴²

¹⁴⁰ Dershowitz, „The Genesis of Justice“, S. 98f. Auch hier ist es nicht notwendig, dass die Katastrophe tatsächlich eintritt, sondern nur, ob die Töchter Lots vernünftigerweise glaubten, es käme zu einer.

¹⁴¹ In seiner Summa Theologica (II-II, Qu. 64, Art.7) bemerkt Aquin in seiner Diskussion um die Selbstverteidigung, dass es hier legitim ist, einen Angreifer zu töten, solange das nicht seine Absicht war: „Es steht nichts im Wege, dass ein und dieselbe Handlung zwei Wirkungen hat, von denen nur die eine beabsichtigt ist, während die andere außerhalb der [eigentlichen] Absicht liegt... So kann auch aus der Handlung dessen, der sich selbst verteidigt, eine doppelte Wirkung folgen: die eine ist die Rettung des eigenen Lebens; die andere ist die Tötung des Angreifers.“ Aquin beschreibt, dass die Handlung nicht Unrecht sei, da schließlich das angestrebte Ziel ein gutes war: „Eine solche Handlung hat auf Grund der Absicht, die auf die Rettung des eigenen Lebens geht, nichts Unerlaubtes; denn das ist jedem Wesen naturhaft, dass es sich, soweit es nur irgend kann, im Sein erhält.“ Allerdings räumt Aquin auch ein, dass die Selbstverteidigung verhältnismäßig angewendet werden muss: „Es kann aber eine Handlung, die aus einer guten Absicht hervorgeht, unerlaubt werden, wenn sie dem Ziel nicht angemessen ist. Wenn daher jemand zur Verteidigung des eigenen Lebens größere Gewalt anwendet als nötig ist, so ist das unerlaubt. So er sich aber im Widerstand gegen die Gewalt mäßigt, ist die Verteidigung erlaubt.“ Auch heute noch spielt das Konzept eine größere Rolle in der Diskussion, ob man Leben nehmen kann, um mehr Leben zu retten.

¹⁴² Aber es gibt auch Probleme mit der Doktrin, siehe nur Nagel, „War and Massacre. Philosophy and Public Affairs“, Vol. 1, No. 2 S. 130f., Walzer, „Just and Unjust Wars“, S. 151ff..

Daher ist die Unterscheidung zwischen enabler/disabler m.E. analytisch sauberer, auch wenn bestimmt nicht ohne Probleme. Der Unterschied zwischen den beiden Theorien ist wie folgt: während das Konzept des Doppeleffektes auf die Motivationslage des Akteurs konzentriert ist, fragt die enabler/disabler-Unterscheidung nach externen Faktoren, z.B. ob es zwingend notwendig war, dass

Dennoch scheint diese Flexibilität für Ausnahmen von einigen deutschen Juristen rigoros abgelehnt zu werden: so schreibt Merkel, dass die Tötung Unschuldiger unter gar keinen Umständen rechtmäßig sein kann – sei es auch zur Erhaltung des Staates. Denn wenn der Staat die Grundrechte seiner Bürger „exkludiert“, dann verwirft er die Garantiefunktion, die ihn als Staat ausmacht und ihm Sinn verleiht.¹⁴³

Wie er schreibt:

„Terroranschläge (...) zielen auf das Herz des Staates: auf seine Rolle als Inhaber des Gewaltmonopols, das ihn zur Garantie der rechtlichen Friedensordnung erst befähigt. Diese Fähigkeit ist eine notwendige Bedingung seiner Legitimität. Nur soweit er die Schutzfunktion seiner Normen hinreichend gewährleisten kann, kann er für diese und vor ihnen Gehorsam verlangen. Anschläge, die diese Fähigkeit des Staates prinzipiell in Zweifel zu ziehen geeignet sind, bedrohen daher die normativen Fundamente seiner Existenz. Und nur insofern mag die möglicherweise große Zahl der Geretteten einen Beitrag zur Legitimation des tödlichen Abschusses liefern: Anschläge auf Einzelpersonen dürften eine vergleichbare symbolische Wucht der Desavouierung staatlicher Rechtsmacht nicht entfalten können.“¹⁴⁴

Eine solche rigorose Haltung hat ihren Ursprung nicht nur in Kant, nach dem Recht geschehe, mag dabei auch die Welt untergehen („fiat iustitia pereat mundus“). Vielmehr geht diese Staatsvorstellung, wie Pawlik richtig bemerkt¹⁴⁵, bereits auf Hobbes zurück.

Nach Hobbes hat der Mensch ein überragendes Interesse an Selbsterhaltung. Weil der Staat diesen Schutz besser gewährleistet als der Naturzustand (und nur aus diesem Grunde), unterwirft sich der Mensch diesem. Dem Staate Gehorsam zu leisten, ist daher keine moralische Verpflichtung, sondern rationales Kalkül. „The end of obedience is protection.“¹⁴⁶ Damit der Staat diesen Gehorsam verdient und einfordern

eine gute Handlung schlechte Nebeneffekte hervorrufen musste oder ob diese lediglich ein Nebeneffekt der Handlung waren. Einige hielten es in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz jedoch für sinnvoll gegen den Vorwurf der Quantifizierung, die gute Gesinnung des Soldaten hervorzuheben. So schrieb Burkicazk, dass die Tötung der Passagiere nicht das Ziel des Abschusses sei, sondern eine zwangsläufige und hingenommene Folge desselben. Burkicazk, Der praktische Fall: Das Luftsicherheitsgesetz, S. 385. Und auch Paulke meint, eine Menschenwürdeverletzung seitens des Staates liege nur vor, wenn die Handlung einer menschenverachtenden Gesinnung entspreche. Paulke, „Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum“, S. 308.

¹⁴³ Merkel, Wenn der Staat Unschuldige Opfert

¹⁴⁴ Ebenda.

¹⁴⁵ Pawlik, S. 1051f. Auch Isensee, S. 213ff. und Klein bemerkt den Bezug zu Hobbes, S. 80. Vgl. auch Hobbes, De Cive.

¹⁴⁶ Hobbes, „Leviathan“, Kap. 21 Of the Liberty of Subjects.

kann, muss er im Gegenzug Schutz leisten.¹⁴⁷ Es kommt häufig vor, dass der Staat, um Schutz für einige zu gewährleisten, den Schutz anderer entziehen muss: so etwa im Falle der Strafe. Der Souverän bedient sich des Mittels der Strafe, um den menschlichen Willen zum Gehorsam zu bringen.¹⁴⁸ Dabei bestehe jedoch beim Untertan, so Hobbes, keine Verpflichtung, diese Strafe zu dulden; schließlich widerspreche dieses der Prämisse, unter der der Untertan im Naturzustand dem Eintritt in die Staatsgemeinschaft eingewilligt hat. Insofern der einzige Grund, warum dort der Gehorsamspflicht zugestimmt wurde, Selbsterhaltung ist, kann derjenige, dessen Existenz durch Bestrafung beeinträchtigt bzw. unter Umständen ausgelöscht wird, nicht dazu verpflichtet sein, diesen Akt zu dulden.¹⁴⁹

Obwohl heutige Philosophen im Allgemeinen dieser individuellen Begründung von Grundrechten und -pflichten zustimmen, so vermeiden die meisten jedoch die Frage,

¹⁴⁷ Zum Zusammenhang zwischen Gehorsam und Sicherheitsgewähr, vgl. Hase, S. 218. Auch Klein, 80f.

¹⁴⁸ Hobbes, „Leviathan“, Kap. 21.

¹⁴⁹ Im Hinblick auf Merkels Bezug zu Hobbes, schreibt Isensee: „Das Bundesverfassungsgericht erörtert die Abschussermächtigung als grundrechtliches Problem zwischen den Insassen des Flugzeugs und der Staatsgewalt, jenen als Träger der Grundrechte, dieser als ihrer Adressatin. Das Grundrecht auf Leben kommt nur in seiner abwehrrechtlichen Funktion zur Geltung, desgleichen die Menschenwürde. Diese Reduktion ermöglicht eine einfache Lösung des Konflikts, die Selbstdarstellung des Bundesverfassungsgerichts als unerbitterlicher Verteidiger von Lebensrecht und Menschenwürde, als Hüter humaner gesellschaftlicher Tabus, als Anwalt der Liberalität wider den Leviathan. Durch die Abwehr des Leviathans schafft das Bundesverfassungsgericht den Freiraum für die *homines lupi*. Über der grundrechtlichen Position der Personen an Bord vernachlässigt es die Position derer am Boden, die durch den Absturz des Flugzeugs bedroht werden. Ihnen gegenüber obliegt dem Staat eine grundrechtliche Schutzpflicht. Im Ernstfall wird ihm das einzige Mittel von Verfassungen wegen vorenthalten, mit dem er seiner Pflicht effektiv genügen könnte. Das Bundesverfassungsgericht erörtert allein die grundrechtlichen Folgen des Handelns und fragt nicht nach den grundrechtlichen Folgen des Unterlassens. In seiner einseitigen Sicht blendet das Bundesverfassungsgericht das Dilemma aus, in dem Leben gegen Leben steht, das der ohnehin todgeweihten gegen das der noch rettbareren Menschen. Letztere werden vom Bundesverfassungsgericht nicht als Subjekte der Grundrechte wahrgenommen. Es ignoriert die Lebenschancen der *Servabiles*, um die der *Morituri* um so stärker ins Licht zu rücken. Entsprechend erscheint ihm der Staat ausschließlich als Widersacher der Grundrechte, nicht aber als deren Garant.“ S. 221f. Ebenso Odendahl, „Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemäßer Paradigmenwechsel?“, *Die Verwaltung* 38 (2004), S. 450f. Noch weiter geht Isensee, indem er schreibt: „Konsequent weitergedacht, ließe sich das Bundesverfassungsgericht selbst des Verstoßes gegen die Menschenwürde überführen, und zwar der Menschenwürde der Personen am Boden, deren Rettung im Ernstfall es verhindert. Es opfert die *Servabiles*, um die eigenen Vorstellungen von grundrechtlicher Liberalität nicht zu beflecken. Praktisch spricht das Gericht ihnen überhaupt die Menschenwürde ab, um deren Absolutheit für die Personen an Bord einfordern zu können. *Summum ius summa iniuria*.“ S. 227. Auch Gramm bemerkt kritisch: „Der Staat bricht (...) in einer äußerst bedrohlichen Lage sein Versprechen eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen. (...) Grundrechtlich gesprochen überlagert die Abwehrfunktion der Grundrechte im Letzten ihre Schutzfunktion gegenüber Dritten am Boden. Dies klingt mehr nach Verdrängung des Ausnahmezustandes denn nach einer juristischen Lösung.“ Gramm, „Der wehrlose Verfassungsstaat?“, *DVBl.* 2006, S. 659.

ob dieser Vorstellung unter allen Umständen zu folgen ist. So gibt beispielsweise Nozick, der wie wir oben festgestellt haben, Grundrechte für unverletzbar hält, zu, dass ein Recht auf Leben kein absolutes sein kann. Zwar versucht Nozick das Kantsche Prinzip, dass man Menschen als Subjekt und nicht als Objekt behandeln darf, neu zu interpretieren.¹⁵⁰ Wir erinnern uns: das Beispiel, indem es darum geht, einen Unschuldigen zu bestrafen, um ein größeres Übel zu verhindern, illustrierte, dass Rechte “side constraints” beinhalten. Dennoch räumt Nozick ein,

“The question of whether these side constraints are absolute or whether they might be violated in order to avoid catastrophic moral horror, and if the latter, what the resulting structure might look like, is one I hope largely to avoid.”¹⁵¹

Ähnlich sieht es ein anderer Deontologe, Charles Fried. Er schreibt, dass es ein kategorisches Verbot gegen Morden gebe, dennoch räumt er ein:

„And even as to killing, I do not know how to answer the person who asks me whether I would be willing to kill an innocent person to save the whole of humanity from excruciating suffering and death.“¹⁵²

4. Gelten diese Grundsätze auch in Katastrophenfällen?

Doch was ist von dieser weitgehenden Intuition, dass es legitim ist, zur Abwendung einer Katastrophe einen Unschuldigen als enabler zu töten, zu halten? Und wie ist sie mit unserer anderen Annahme vereinbar, dass der Bürger keine Pflicht habe, Held zu spielen und zum Wohle anderer in den Tod zu gehen? Macht es einen Unterschied,

¹⁵⁰ Diese Bemühung scheint berechtigt. Schließlich wurde die Kantsche Formel, wie sie das Gericht herangezogen hat, oft dafür kritisiert, in politischen und rechtlichen Kontexten inadäquat zu sein. So schrieben einige, dass man Rechtsbegriffe nicht auf eine bestimmte philosophische Schule deuten könne. Andere verwiesen darauf, dass Kants Idee der Menschenwürde ein a priori Prinzip ist, welches von allen empirischen Überlegungen absehe. Eine Verletzung der Menschenwürde ist daher prinzipiell schon unmöglich, während das Grundgesetz von dieser Möglichkeit ausgeht. Wiederum andere verwiesen darauf, dass Kants Ausführungen zur Menschenwürde in seiner Moral- und nicht Rechtsphilosophie zu finden sind. vgl. Möller, Abwägungsverbot im Verfassungsrecht, S. 115. Diese Kritik geht bereits auf Schopenhauer zurück, der schrieb: „Aber dieser von allen Kantianern so unermüdlich nachgesprochene Satz, „man dürfe den Menschen immer nur als Zweck, nie als Mittel behandeln“, ist zwar ein bedeutend klingender und daher für alle die, welche gern eine Formel haben mögen, die sie alles fernern Denkens überhebt, überaus geeigneter Satz; aber beim Lichte betrachtet ist es ein höchst vager, unbestimmter, seine Absicht ganz indirekt erreichender Ausspruch, der für jeden Fall seiner Anwendung erst besonderer Erklärung, Bestimmung und Modifikation bedarf, so allgemein genommen aber ungenügend, wenigstens und noch dazu problematisch ist.“ Die Welt als Wille und Vorstellung, 1. Teil §62.

¹⁵¹ Robert Nozick, „Anarchy, State, and Utopia“, S. 30.

¹⁵² Charles Fried, „Right and Wrong“, S. 31. Dieser hypothetische Fall geht bekanntlich auf Dostojewsky zurück. In den „Gebrüder Karamazov“ fragt Ivan seinen religiösen Bruder: “[I]magine that you yourself are building the edifice of human destiny with the object with making people happy in the finale, of giving them peace and rest at last, but for that you must inevitably and unavoidably torture just one tiny creature, that same child who was beating her chest with her little fist, and raise your edifice on the foundation of her unrequired tears – would you agree to be the architect on such conditions?” Dostojewsky, „The Brothers Karamazov“, S. 245.

wenn die ganze Gemeinschaft bedroht ist? Unter welchen Bedingungen ist es legitim, vorausgesetzt dies ist überhaupt denkbar, dass der Staat Unschuldige als enabler opfert? Und wie könnte man so etwas begründen?

5. Drei Begründungsmodelle der Aufopferungspflicht

Es gibt im Grunde genommen drei Argumentationsmöglichkeiten, warum der Einzelne sich für das Gemeinwohl opfern sollte:

a. Mitverantwortung

Erstens, das Argument der Mitverantwortung. Rousseau schrieb, „Wer sein Leben auf Kosten der anderen erhalten will, muss es auch für sie hingeben, wenn es nötig ist.“¹⁵³ Der Grund hierfür liegt darin, dass der Mensch als Freiheitswesen den Anspruch erhebt, nach Maßgaben von Gesetzen regiert zu werden, die er als Ausdruck seines eigenen Willens anerkennen kann. Diesen Anspruch könne er nur realisieren, wenn er die Förderungen der allgemeinen Belange zu seinem eigenen Willen macht. In dieser Funktion erkennt der Mensch seine Mitverantwortung für die politische Gemeinschaft an. Zu dieser gehört es auch, bei einer existentiellen Bedrohung der Existenz dieser Gemeinschaft, selbst in den Tod zu gehen.¹⁵⁴

b. Fairness

Eine zweite Argumentationsmöglichkeit wäre das Argument der Fairness: sie besagt, dass der einzelne von den Leistungen des Staates profitiert hat, es demzufolge nur angemessen ist, dass er auch die Pflicht hat, im Notfall sich zu revangieren. Anders als bei Hobbes – wo der Einzelne nur Rechte, jedoch keine Pflichten gegenüber dem Staat hat – können wir hier von einer wahren Verpflichtung ausgehen: schließlich bindet sie einen, auch wenn unter Umständen der Einzelne die Kosten tragen muss.

Diese beiden Argumentationen scheinen zu kurz zu greifen: der Rousseausche Ansatz ist totalitär, indem er die Interessen des Individuums dem Gemeinwohl unterordnet. Der Fairness-Gedanke ist vielversprechender, insofern er an erbrachte Leistungen der Gemeinschaft appelliert, von der das Individuum profitiert hat. Aber es erklärt nicht,

¹⁵³ Jean-Jacques Rousseau, „Der Gesellschaftsvertrag“, II. Buch, Kap. 5.

¹⁵⁴ vgl Pawlik, S. 1052.

warum der Einzelne sich überhaupt auf diese Möglichkeit, unter Umständen das Los des Opfers zu ziehen, einlassen soll.

c. Hypothetischer Konsens

Die dritte Möglichkeit ist, nach einem hypothetischen Konsens zu suchen. Liegt ein ausdrücklicher Konsens vor, so wäre die Angelegenheit leichter. Schließlich ist ein Grundsatz, „Volenti non fit iniuria.“¹⁵⁵ (Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht). Aber wo dieser nicht vorliegt, muss man sich fragen, wie der Betroffene sich entschieden hätte, wäre er gefragt worden.¹⁵⁶ Lothar Fritze hat in seiner Studie „Die Tötung Unschuldiger“ eine interessante Antwort auf diese Frage gegeben.¹⁵⁷ Fritze entwickelt ein versicherungstheoretisches Modell, welches auf den „Urzustand“ von John Rawls zurückgreift.¹⁵⁸ Dies ist insofern sinnvoll, da Menschen im Urzustand unparteiische, rationale Egoisten sind. Im „Urzustand“ kommen Menschen zusammen, um sich auf Grundsätze zu einigen, die ihren Zielen am besten nützen. Sie sind nur an ihren eigenen Zielen interessiert; anderen gegenüber sind sie weder besonders gut- noch böse eingestellt. In der Beratung zu diesen Grundsätzen handeln sie hinter einem „Schleier des Nichtwissens“, d.h. sie wissen nicht, welche Position sie in der Gesellschaft innehaben werden, welche von diesen Grundsätzen bestimmt sein wird. Sie wissen also nicht, ob sie von der zugestimmten Regel profitieren werden oder selbst Lasten zugunsten anderer tragen müssen. Auf das Luftverkehrsgesetz übertragen heißt das, dass die Menschen, die im „Schleier des Nichtwissens“ dem Abschuss zustimmen, nicht wüssten, ob sie in Wirklichkeit die Menschen am Boden oder im Hochhaus sein werden, ob sie diejenigen sein würden, die von dem Grundsatz profitieren oder die Passagiere im Flugzeug sein werden, deren Leben genommen wird. Ausgehend von dieser Unwissenheit, wird von den Menschen im Urzustand eine Kosten-Nutzen-Überlegung angestellt, nach der die

¹⁵⁵ So auch im StGB, wo Einwilligung als Rechtfertigungsgrund gilt. Kühl, StGB, S. 191, 202. Obwohl es natürlich berühmte Ausnahmen gibt, wie z.B. Tötung bei Verlangen im Kannibalismusfall „Kannibale von Rothenburg. Meiwes vergleicht Kannibalismus mit „Körperwelten“ 17.01.2006 FAZ.NET. Ein anderer Fall ist der Inzestfall, s. „StGB: Inzest-Geschwister ziehen vors Verfassungsgericht“ 20.02.2007 Spiegel Online.

¹⁵⁶ Auch Erik Rakowski, „Taking and Saving Lives,“ unternimmt einen solchen Versuch, obgleich sein Ausgangspunkt das Weichenstellerproblem ist, und nicht der Urzustand.

¹⁵⁷ Er hat leider die Unterscheidung zwischen enabler und disabler nicht getroffen. Und angesichts seiner Schriften zum Tyrannenmord ist es zweifelhaft, ob er von dieser Unterscheidung überzeugt wäre. Jedoch tue ich ihm m.E. kein Unrecht, seine Theorie auf die Tötung Unschuldiger als enabler anzuwenden. Hiermit schränke ich lediglich den Anwendungsbereich seiner Theorie in einer sinnvollen Art ein.

¹⁵⁸ Für den gleichen vertragstheoretischen Ansatz, siehe Huster, S. 1049.

Nützlichkeit einer Norm bewertet wird. Wenn gezeigt werden kann, dass es für jeden vernünftigen Menschen von Vorteil wäre, der Norm zuzustimmen, da der Nutzen das Risiko überwiegt, dann ist die Norm allgemein, d.h. intersubjektiv, zustimmungswürdig.

In unserem Kontext scheint dies der Fall zu sein: je größer die Zahl derjenigen, die durch die Tötung der Passagiere gerettet werden würden, desto wahrscheinlicher ist es für jeden, nicht unter den Opfern zu sein. Wenn nur ein hinreichend großer Zahlenunterschied zwischen den Getöteten und Geretteten besteht, ist es ohne Zweifel vernünftig, dieser möglichen Abwägung von Menschenleben zuzustimmen. Dies wäre alles andere als ein „russisches Roulette.“ Gerade in Situationen katastrophalen Ausmaßes, wie wenn einem Großteil der Bevölkerung die Vernichtung droht, wäre eine solche Zustimmung sinnvoll.¹⁵⁹ Es wäre also rationaler für jeden, mit dem kleinen Risiko zu leben, in einer Katastrophe Opfer zu werden, als das größere Risiko einzugehen, bei einer unterlassenen „Rettungsaktion“ zu sterben. Damit scheint die Aussage des Bundesverfassungsgerichts widerlegt, dass es „unrealistische Fiktion“ sei, dass Passagiere dem Abschuss zustimmen würden.¹⁶⁰ Doch würden die Passagiere dies wirklich?

6. Schwächen im Modell des Urzustandes

6.1 Was passiert, sobald der Schleier erst einmal gelüftet wird?

Wie Fritze eingesteht, hat dieses Modell zwei Schwachpunkte, die ihn zu Einschränkungen seiner Theorie führen. Zum einen macht Fritze darauf aufmerksam, dass die Situation im „Urzustand“ an Legitimität verliert, sobald „der Schleier des Nichtwissens“ gelüftet wird und die Person weiß, in welcher Lage sie sich in Wirklichkeit befindet. Würde die Person feststellen, dass sie das Opfer sein würde, könnte sie sich neu entscheiden?¹⁶¹ Bedeutet dies, dass wenn jemand in einem fiktiven Urzustand einer Tötung zustimmen würde, er damit das Recht sich zu wehren, aufgeben muss? Wenn dem nicht so ist, ergibt sich, dass es keine Bedingung

¹⁵⁹ Um ein einfaches Rechenbeispiel zu nehmen: Wenn durch eine Katastrophe der Hälfte der Bevölkerung Deutschlands Lebensgefahr droht und um sie abzuwenden, acht Menschen getötet werden müssten, so ist die Wahrscheinlichkeit, unter den Geretteten zu sein ca. 1 zu 2 (50%); während die Wahrscheinlichkeit unter den Geopferten zu sein, lediglich 1 zu 10 000 000 (0,00001%) beträgt.

¹⁶⁰ So auch Hochhuth, „Militärische Bundesintervention bei inländischem Terrorakt“, NZWehr 2002, 166 n. 44, siehe auch Diskussion bei Ladiges, S. 359f.

¹⁶¹ Zu solchen „Restzweifeln“, vgl. Höfling/Augsberg, S. 1085.

gibt, nach der die Tötung eines Unschuldigen legitim wäre? Wie Fritze vorschlägt, impliziert das Recht, unter Extrembedingungen Unschuldige zu töten, keine Aufopferungspflicht seitens des Individuums.¹⁶² Man kann unmöglich erwarten, dass jemand eine Pflicht hat, sich für andere zu opfern, auch wenn er dem im Urzustand zugestimmt hätte. Es wäre „moralisch vorbildlich“ von ihm, schreibt Fritze,¹⁶³ jedoch könne man keinem einen Vorwurf machen, sein Leben nicht aufgeben zu wollen. So kann es auch angesichts einer Begründbarkeit, Unschuldige zu töten, keine Pflicht geben, Heldentum zu beweisen und für andere in den Tod zu gehen.¹⁶⁴

6.2 Das Haufenparadox und das Problem der Grenzziehung

Eine andere Schwäche in der Theorie sei jedoch nicht so leicht lösbar. Fritze verweist darauf, dass es schwierig ist, eine genaue Grenze zu ziehen, wann das Zahlenverhältnis zwischen Geretteten und Geopferten die Tötung Unschuldiger rechtfertigen würde: Lebte man auf einer Insel mit nur drei Leuten, wäre der Wahrscheinlichkeitsvorteil, von einer Tötung zu profitieren, so gering, dass man sich auf dieses Risiko nicht einließe. Was wäre also die geeignete Größe? 1:50 oder 1:1.000.000? Die geeignete Größe muss irgendwo zwischen den Extremen liegen. Fritze illustriert dieses Problem anhand des „Haufenparadoxes“, welches uns schon seit der Antike bei Zenon von Elea bekannt ist. Dieses besagt, dass wenn ein Sandkorn kein Haufen ist, dann sind auch zwei Sandkörner kein Haufen. Wenn zwei Sandkörner kein Haufen sind, dann sind auch drei Sandkörner kein Haufen, usw. Somit sind auch zehntausend Sandkörner kein Haufen und demnach gibt es keine Haufen.

Analog bedeutet dies, dass wenn es verboten ist, einen Menschen zu opfern, um einen zu retten, es auch verboten ist, einen zu opfern, um zwei zu retten, usw. Formell gesprochen: wenn es verboten ist, einen zu opfern, um n zu retten, dann ist es auch verboten, ihn zu opfern, um $n+1$ zu retten. Dem Paradox nach können wir für n jede

¹⁶² Es wird manchmal allzu schnell behauptet, dass jede Pflicht mit einem Recht korrespondiert, z.B. das Recht auf Unversehrtheit mit der Pflicht des Gewaltverzichtes. Aber das ist nicht immer wahr: z.B. hat das Wahlrecht keine korrespondierende Pflicht. Ähnlich verhält es sich im Kontext des LuftSiG. Diese Unterscheidung ist in der Philosophie auch als „right claims“ und „liberty claims“ bekannt. Während die erstgenannten eine korrespondierende Pflicht enthalten, ist dies bei letzteren nicht der Fall.

¹⁶³ Fritze, S. 84.

¹⁶⁴ Für ähnliche Fragestellungen, vgl. Huster S. 1049.

beliebige Zahl einsetzen. Würden wir dieses tun und beispielsweise 100,000 einsetzen, würde dies unserer Intuition und unserem im Urzustand zugestimmten Grundsatz widersprechen, dass es legitim sei, einen zu opfern, sobald das Zahlenverhältnis hinreichend groß ist. Bedeutet das Paradox, dass ein solches Zahlenverhältnis nicht existiert und dass wir daher an einem absoluten Tötungsverbot festhalten müssen? Wenn dem nicht so ist, wie lässt sich das Paradox auflösen?

Dieses Problem scheint unlösbar zu sein: schließlich müssten wir entweder bereit sein, den Anfangsschritt zu revidieren und einräumen, dass die Tötung eines Menschen zur Rettung zweier Menschen gerechtfertigt ist oder wir müssen unsere Intuition aufgeben, dass für die Rettung einer hinreichend großen Zahl n von Menschen die Tötung eines Individuums legitim ist.

Wenn wir nicht so weit gehen wollen und nur bestreiten möchten, dass alle Konditionale wahr sind, dann sind wir gezwungen, einen genauen Zahlenwert festzulegen, ab dem die Tötung eines Unschuldigen gerechtfertigt ist. Dies scheint jedoch unmöglich zu sein. Müssen wir dann unsere Intuition aufgeben, dass es erlaubt sei, einen Menschen zu töten, um damit eine unverhältnismäßig große Anzahl von Menschen zu retten? Dies würde übertrieben sein: schließlich muss daran erinnert werden, dass wir, nur weil wir kein Kriterium haben, um zu bestimmen, was ein Haufen ist, es dennoch Haufen gibt. Dieses Problem ist uns sowohl in der analytischen Philosophie¹⁶⁵ als auch im Alltag bekannt: wir können auch nicht bestimmen, wann genau ein Mensch dick, kahlköpfig oder alt ist, dennoch ist es unbestritten, dass ab einem gewissen Punkt jemand diese Eigenschaften trägt. Wo genau dieser Punkt liegt, mag jeder individuell und kontextabhängig für sich selbst bestimmen.

Doch was bedeutet das in der Praxis? Wenn wir wollen, dass der Staat unter gewissen, extremen Umständen Leben gegeneinander aufrechnet, dann müssen wir doch zumindest *in etwa* sagen können, wann das Zahlenverhältnis zwischen Opfern und Geretteten so vorliegt, dass Notstandstötungen erlaubt sind. So schrieb der Bioethiker Norbert Hoerster, dass die innewohnende Vagheit mit einer Grenzziehung

¹⁶⁵ vgl. Sorensen, „Vagueness“ in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (<http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/#Rel>).

„als Anleitung für unsere Moral- und Rechtspraxis“ nicht akzeptabel sei und forderte eine eindeutige Bestimmung des korrekten Zahlenverhältnisses.¹⁶⁶ Kann also angesichts dieses Problems, unsere Intuition, dass bei einem extremen Zahlenverhältnis zwischen Opfern und Geretteten eine Tötung legitim ist, niemals als Anleitung staatlichen Handelns dienen?

Obwohl Fritze einräumt, dass dieses Problem nicht bedeutet, dass es niemals eindeutige Fälle gibt, in denen das Zahlenverhältnis eine Notstandstötung erlaubt, so scheint er anzunehmen, dass das Problem der Vagheit zu Anleitungsschwierigkeiten in der Praxis führen wird. Bedeutet dieses also, dass wir keine Möglichkeit haben, eine Tötungsbefugnis in Extremlagen rechtlich für unsere Praxis zu regeln?

7. Die qualifizierte Abwägung

Kai Möller weist darauf hin, dass die Schwierigkeit der Grenzziehung uns nicht von ihrer Notwendigkeit entbinden kann. In seinem Aufsatz „Abwägungsverbote im Verfassungsrecht“¹⁶⁷ entwickelt Möller einen interessanten Ansatz, nach dem man die im Grundgesetz garantierte Menschenwürde nicht als absolut verstehen darf – selbst in den Fällen, wo die Opfer enabler sind, d.h. als Mittel zum Zweck benutzt werden. Beeinflusst von der Statustheorie von Frances Kamm entwickelt er einen dogmatischen Ansatz, wonach eine „qualifizierte Abwägung“ von Menschenleben getroffen werden kann.

Kamm schreibt im zweiten Band ihrer Studie „Morality, Mortality,“¹⁶⁸ dass es nicht zulässig ist, zur Rettung Vieler einen Menschen zu töten. Denn auch wenn Menschen gerettet werden, wird etwas anderes geschädigt: der Status aller Menschen, die als unverletzlich gelten. Diese Änderung im Status beschreibt Kamm wie folgt:

„If many are killed in violation of their rights because we may not kill the one to save them, their status would change. We may be concerned about what happens, but be unwilling to prevent it in a way that is only consistent with a change in status. It is a mistake to see an opposition between the rights of the one person and the rights of all others, since the status of everyone is affected by the way it is permissible to treat one person.“¹⁶⁹

¹⁶⁶ zitiert nach Fritze, S. 171.

¹⁶⁷ Möller, „Abwägungsverbote im Verfassungsrecht“

¹⁶⁸ Kamm, „Morality, Mortality. Vol. II“.

¹⁶⁹ Kamm, S. 272.

Wenn es erlaubt wäre, einen Menschen zu töten, um zehn andere zu retten, bedeutet dies, dass Menschen *verletzlich* sind. Dies bedeutet, dass sie im Vergleich zu der Situation, in der es nicht erlaubt ist, einen Menschen zur Rettung anderer Menschen zu opfern, einen *niedrigeren moralischen Status* haben. Wenn man jedoch an der Unverletzlichkeit der Menschen festhalten möchte, dann muss man in Kauf nehmen, dass es nicht erlaubt ist, einen zu opfern, um andere zu retten – egal, wie hoch die Anzahl der Geretteten wäre. Manchmal werden wir hinnehmen müssen, dass wir nicht jemanden töten werden, auch wenn dadurch insgesamt mehr Menschen sterben. Warum würden wir diesen Preis in Kauf nehmen? Nach Kamm ist das besondere an der Unverletzlichkeit von Menschen, die Idee, dass wir durch sie zu wertvolleren Wesen werden. In der Tradition Kants schreibt Kamm:

„If we are inviolable in this way, we are more important creatures than more violable ones; this higher status is in itself a benefit to us (...) Having the status is a benefit (...)because it makes one worthy of respect, owed respect (...). [T]he world is, in a sense, a better place for having more important creatures in it. Our having higher status is a benefit to the world“.¹⁷⁰

Aus Kamms Überlegung folgt, dass das Recht auf Leben und die Menschenwürde zwar nicht beliebig abgewogen werden dürfen, dessen ungeachtet kann es keinen absoluten Schutz geben. Vielmehr scheint es einen Mittelweg zu geben, den Möller als „qualifizierte Abwägung“ bezeichnet. Konkret bedeutet dies, dass es ablehnenswert ist, dass ein Mensch getötet wird, um eine andere Person zu retten, weil es dort lediglich um eine Menschenwürdeverletzung zugunsten der Menschenwürdeverletzung einer anderen Person geht. Jedoch wäre die Tötung einer Person in extremeren Fällen zulässig, wenn die Tötung die Rettung einer ganzen Stadt oder der ganzen Gemeinschaft zur Folge hätte. Hier könnte man nach der Stustheorie argumentieren, dass die Unverletzlichkeit der Menschenwürde einer Person nicht so hoch anzusiedeln sei, dass ihr Schutz noch wichtiger wäre als die Lebens- und Menschenwürdeverletzungen aller Menschen in der Gemeinschaft. Wie bei der Diskussion von Fritze stehen wir wieder vor dem Problem der Grenzziehung. Wie Fritze meint auch Möller, die geeignete Grenze müsse irgendwo zwischen den beiden Extremen (ein Tod zur Rettung einer Person v. den Tod zur Rettung aller) liegen. Jedoch geht Möller einen entscheidenden Schritt weiter, indem er diese

¹⁷⁰ Ebenda.

Erkenntnis dahingehend nützt, um die bestehende Grundrechtsdoktrin zur Menschenwürde zu revidieren.

Nach einer qualifizierten Abwägung muss man den Preis, der bei einer Erlaubnis zur Verletzung eines Statusrechts zu zahlen ist, mit einkalkulieren. Dieser Preis ist nach Kamm die Antastung des moralischen Status eines jeden. Dies steht im Gegensatz zur einfachen Abwägung, wonach man lediglich die Zahl und Schwere der Rechtsverletzung mit in Rechnung stellen muss.

Möller benutzt folgende Beispiele zur Illustration: In einem Entführungsfall, wie dem von Jakob von Metzler liegt eine Situation vor, in der Folter, also eine Menschenrechtsverletzung, zur Verhinderung einer anderen Menschenrechtsverletzung, dem qualvollen Tod eines Kindes, begangen werden soll. Es wäre verfehlt nach der einfachen Abwägung schon hier zu beschließen, dass aufgrund des symmetrischen Zahlenverhältnisses zwischen Entführer und Entführtem, Folter unzulässig sei. Schließlich muss man neben der Zahl auch die Schwere der Menschenrechtsverletzung in Betracht ziehen. Wenn diese mit in die Kalkulation einbezogen wird, könnte man zu dem Schluss kommen, dass Folter angebracht sei. Schließlich handelt es sich um kurzzeitige, nicht-tötliche Schmerzen des Täters auf der einen Seite, wobei es zu jeder Zeit in seiner eigenen Hand liegt, durch Preisgabe des Versteckes die Folter zu beenden, und auf der anderen Seite ein qualvoller und unabwendbarer Tod des entführten Kindes.

Während eine einfache Abwägung, die lediglich nach Zahl und Schwere der Rechtsverletzung fragt, hier die Analyse beenden würde und Folter in diesem Fall legitimieren würde, geht eine qualifizierte Abwägung einen Schritt weiter: Sie fragt, welcher Preis für den Status eines jeden zu zahlen ist, wenn diese Praxis rechtmäßig wäre. Wenn Folter in einem Falle, wie dem der Entführung Jakob von Metzlers, erlaubt wäre, würde in einer Reihe von ähnlichen Fällen, deren Zahlenverhältnisse und Schwere vergleichbar sind, Folter erlaubt werden. Für unser Menschenbild und unseren Rechtsstaat hätte dies verheerende Auswirkungen. Wir würden in einem Staat leben, in dem Menschen nicht mehr als so unverletzlich in ihrer Würde gelten wie heute. In der Folge wären wir nach Kamm weniger wertvolle Wesen.

In einem Szenario wie dem ticking-bomb-case¹⁷¹, wo eine ganze Stadt in ihrer Existenz bedroht ist, kann die Beurteilung von Folter anders ausfallen. Zwar würde auch hier, wenn Folter angewendet würde, die Unverletzlichkeit eines jeden verringert, allerdings sei dieser Verlust zur Verhinderung einer ganzen Stadt gerechtfertigt. In solchen seltenen Fällen, wo Folter ausnahmsweise erlaubt sei, so Möller, sei der hohe moralische Status von Personen nicht wesentlich angetastet. Wir würden immer noch moralisch wertvolle Wesen bleiben.¹⁷²

Wann also der Staat das Recht hätte, Menschen als enabler zu opfern, hängt vom Ausmaß der Katastrophe ab und der einhergehenden Frage, wie hoch der Preis ist, den wir durch eine Tötung zu zahlen bereit wären. Nach einer qualifizierten Abwägung muss analysiert werden, ob man mit einer Tötung eines Unschuldigen den verbundenen Preis der Antastung der Unverletzlichkeit der Menschenwürde zu zahlen bereit ist. Wenn durch Tötung die Gemeinschaft gerettet werden kann, scheint dieser Preis gerechtfertigt zu sein. Geht es lediglich um eine Abwägung des Zahlenverhältnisses zwischen potentiellen Opfern und Geretteten, mag der Preis zu hoch sein.¹⁷³

Ogleich Möller das Problem der Grenzziehung nicht lösen kann, so ist sein Vorschlag insofern nützlich, als er unsere Intuition zur Menschenrechtsdoktrin klarer werden lässt, ohne moralisch zu vereinfachen und Realität auszublenden. Sein Ansatz bietet eine Option, wie man über die Menschenwürde in enabler-Situationen neu nachdenken kann. Menschenleben gegeneinander aufzurechnen kann in Extremsituationen ein notwendiges Übel sein. Ein solches Unrecht zu begehen bedeutet jedoch nicht notwendigerweise Willkür. Dies ist ein wichtiger Punkt, den ich abschließend aufzeigen will.

¹⁷¹ Der Ticking-Bomb-Case ist ein Szenario, in dem innerhalb kürzester Zeit eine Katastrophe stattfinden wird, es sei denn man greift zu drastischen Mitteln, um diese rechtzeitig abzuwenden. In der Literatur zum Thema wird meistens das Szenario beschrieben, in dem eine Bombe eine ganze Stadt zerstören wird, es sei denn man foltert einen Terroristen, der den Aufenthaltsort der Bomber verrät, damit sie rechtzeitig entzündet werden kann. Zum Ticking-Bomb-Case würde ich auch den Fall der Flugzeugentführung im Szenario des LuftSiG zählen. Schließlich gibt es kein Grund, die Metapher der ticking-bomb wörtlich zu verstehen.

¹⁷² Das Problem ist natürlich, dass wir, wenn wir Folter an Terroristen dulden, wohl nicht darüber nachdenken, was dies für uns als Menschengattung bedeutet. Insofern lediglich "andere" von solchen Grundrechtseinschränkungen betroffen sind, nehmen wird das zugunsten "unserer" Hinsicht gerne hin. Vgl. Dworkin, „Terror & the Attack on Civil Liberties,“ New York Review of Books, Vol. 50, No. 17, Nov. 6, 2003 Ebenso Gross, „Chaos and Rules,“ S. 1037.

¹⁷³ Möller, S. 17.

8. Qualitative Unterschiede und formelle Gerechtigkeit

Man denke an den sogenannten Mignonette-Fall in *Regina v. Dudley and Stephens*¹⁷⁴: nach acht Tagen auf hoher See ohne Wasser und Nahrung entschieden sich die Schiffbrüchigen, den Kabinenjungen Richard Parker zu töten, sofern am nächsten Tag kein Schiff ihnen zu Hilfe kommen würde. Sie entschieden sich, Parker zu opfern, da dieser zum einen vom Trinken des Meereswassers krank wurde und schon seit Tagen bewusstlos war. Zum anderen hatte er als Kabinenjunge höchstwahrscheinlich keine Familienangehörigen, für die er sorgen musste. Nachdem am nächsten Tag kein Schiff den Schiffbrüchigen zur Rettung kam, töteten sie Parker, ohne dass dieser seine Zustimmung zu seiner Opferung gegeben hätte.

Was lässt sich moralisch darüber sagen? Was wären die Alternativen, wollte man nicht “Gott spielen” und die eine Person töten, um andere Personen damit zu retten? Die Angeklagten Dudley und Stephens haben den Kabinenjungen zum Opfer ausgewählt, weil dieser keine Familie hatte. Eine solche Auswahl nach sozialen Bindungen zu treffen, verstößt jedoch gegen das Gleichheitsverbot, wie wir bereits oben festgestellt werden.¹⁷⁵ Auch dass Parker schon sehr krank war und seine Überlebenschancen noch geringer waren als die der anderen, würde auch nicht akzeptiert werden. Schließlich verdienen nach dem Gleichheitsgebot Kranke den gleichen Respekt wie Gesunde. Will man also von einer Gleichheit der Menschen ausgehen, so sei, wie Taurek vorschlug, ein Münzwurf angebracht. Schließlich sei die Gleichheit der Wahrscheinlichkeiten Ausdruck für den Respekt der Gleichheit der Menschen. Wären mehrere Personen involviert ist auch ein Losverfahren vorstellbar.¹⁷⁶ Dies wurde auch zur Zeit der Entscheidung in *R v. Dudley and Stephens* angemerkt.¹⁷⁷

¹⁷⁴ *Regina v Dudley and Stephens* (1884), Law Report 14, Queen’s Bench Division, 273.

¹⁷⁵ Oben S. 46ff.

¹⁷⁶ In der amerikanischen Debatte hat Lon Fullers “The Case of the Speluncean Explorers” diese Fragen aufgegriffen. Für eine interessante Diskussion, siehe David Shapiro, “The Case of the Speluncean Explorers: A Fiftieth Anniversary Symposium,” *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999, 1834-1923.

Ob Münze, Los oder Würfel das angemessenste Mittel ist, ist umstritten. Vgl. Meyer, “Eine kleine Chance für David,” in: Oliver Rupprich, Georg Merckmann, Jochen Vollmann (Hg.): „Gleichheit und Gerechtigkeit in der Medizin,“ S. 127-143

¹⁷⁷ Berring, „A.W. Brian Simpson, Cannibalism and the Common Law”, *California Law Review*, Vol. 73, No. 1, S. 255.

Doch was wäre, wenn die Schiffsbesetzung in *R v. Dudley and Stephens* dieses gemacht hätte? Wären dann die Probleme gelöst? Man kann sowohl einen pragmatischen als auch einen praktischen Einwand gegen ein Losverfahren erheben.

Pragmatisch kann man einwenden, dass es keinen Unterschied mache, ob jemand willkürlich als Opfer ausgewählt werde oder ob ein Münzwurf dieses Schicksal bestimmt. In beiden Fällen sind es Menschen – und nicht „der Verlauf der Natur“ – die andere Menschen auswählen und töten. Kopf oder Zahl seien keine Kriterien, die die grundsätzliche Gleichheit von Menschen vor dem Gesetz aufheben könne. Diese Form der Auswahl als Verfahrensgerechtigkeit anzuführen, verdecke nur die Problematik der Tötung und fungiere als bloße Schimäre.¹⁷⁸

Praktisch ergeben sich auch Probleme. Wenn sich einer weigert, am Verfahren teilzunehmen, soll man dann für ihn dennoch mit auslösen? Oder sollte man ihn dann an der Verlosung ausschließen und ihn nicht am Verzehr der Geopferten teilhaben lassen? Eine Antwort zu dieser Schwierigkeit ist nicht ganz klar.¹⁷⁹ Ähnlich Legitimitätsprobleme ergeben sich, wenn sich die Mehrheit der sich an Bord befindenden Menschen weigert, am Losverfahren teilzunehmen.

Während diese Einwände nicht von der Hand zu weisen sind, ist anzumerken, dass eine solche rigorose Haltung den Ernst der Lage verkennt. Würde man sich einem Auswahlverfahren entziehen und von einer Tötung absehen, stürben alle. Dies kann nicht das gewollte Ergebnis sein; eine Moraltheorie, die so etwas verlangt, übt nicht den Respekt für das menschliche Leben aus, welches sie propagiert. Auch ein Rechtssystem, welches nach der schulmäßigen Lösung des Lebensnotstandes verlangt, dass im Fall, wie dem im Luftsicherheitsgesetz, beide Gruppen sterben, entspricht „der Unvernunft selbst.“¹⁸⁰

¹⁷⁸ Archangelskij, S. 30, Thomson, S. 196f.

¹⁷⁹ Bernsmann schlägt vor, dass der Verweigerer trotzdem mit ausgelost wird. Wenn er zum Opfer wird, muss er den Angriff dulden. Wenn er zu den Gewinnern gehört, ist es ihm selbst überlassen, ob er das Fleisch des Kameraden konsumieren will. Bernsmann, „Entschuldigung durch Notstand,“ S. 345f. vgl. zum Problem auch Rakowski, S. 1130f.

¹⁸⁰ Kaufmann, S. 327f.; so auch Isensee, Delonge, „Interessenabwägung“, S. 120.

9. Kennt Not wirklich kein Gebot?

Stattdessen empfiehlt es sich, Moral auf einem Kontinuum zu sehen, wonach es nicht nur gute und schlechte Handlungen gibt, sondern Zwischenstufen, wonach man schlechte von schlechteren Handlungen unterscheiden muss.¹⁸¹ Hierbei ist es weniger schlimm, Menschen durch einen Münzwurf zum Opfer zu bestimmen, als dieses von anderen, diskriminierenden Charakteristika, wie z.B. Geschlecht, Religion oder Hautfarbe, abhängig zu machen. Denn ein Münzwurf bietet immerhin noch eine faire Chancenverteilung zum Überleben und drückt somit Respekt für die Gleichheit von Menschen aus. Sofern dem Münzwurf zugestimmt würde, erfährt jeder Einzelne Respekt für seine Autonomie und Entscheidungsfreiheit. Und wenn jemand den Münzwurf verweigert und dennoch ausgelost wird, so wird immerhin sein Recht auf gleiche Lebenschancen, trotz unterschiedlicher Ansicht bezüglich der Legitimität des Münzwurfes, respektiert. Somit kommt jedem einzelnen die gleiche Rücksicht und Achtung entgegen, wie es die Fundamentalnorm eines liberalen Rechtsstaates verlangt.¹⁸² Eine Diskriminierung nach willkürlichen, da moralisch unerheblichen Unterschieden, wie Geschlecht, Religion und Hautfarbe, drückt hingegen diesen Respekt für Gleichheit nicht aus. Es zeigt sich also, dass auch in Extremlagen Not eben doch Gebote, nämlich die der Fairness, kennt.

Auch scheint es andere Charakteristika zu geben, die eine Auswahl sinnvoll, wenngleich nicht wünschenswert, erscheinen lassen. Zum Beispiel das Alter: man könnte es für gerecht ansehen, dass in einem tragischen Paradox ältere Menschen wesentlich jüngeren den Vorzug überlassen sollten. Man muss nicht einmal so weit gehen und argumentieren, dass jüngere Menschen mehr zum Gemeinwohl beitragen als ältere – dies wäre, wie wir oben gesehen haben, ein utilitaristischer Irrtum. Es wäre plausibel zu argumentieren, dass es fairer ist, dass junge Menschen in den gleichen Genuss einer längeren Lebensdauer gelangen wie die älteren.¹⁸³ Eine solche Argumentation hebt nicht auf utilitaristische Prinzipien ab, sondern konzentriert sich um den Gedanken der Fairness. Auch diese Diskriminierung wäre noch lange nicht so willkürlich, wie eine basierend auf Religion und Hautfarbe.

¹⁸¹ Dershowitz, „Why Terrorism Works“, S. 133.

¹⁸² Vgl. Dworkin, „Taking rights seriously“, S.180ff, 272ff.

¹⁸³ Vgl. Gutmann, „Gleichheit vor der Rationierung. Rechtsphilosophische Überlegungen“, S. 155.

Es ist nicht zu übersehen, dass solche Gedanken auch in weniger hypothetischen Fällen, wie in *R. v. Dudley and Stephens*, eine Rolle spielen: soll der 94-jährige Patient seine vierte neue Hüfte erhalten oder wäre es fairer, diese einem jüngeren Patienten zu geben, der Kinder zu versorgen hat?¹⁸⁴ Sollte man das Lebertransplantat einem Patienten geben, der während der Wartezeit gesund gelebt hat oder hat der unverbesserliche Kettenraucher den gleichen Anspruch auf das lebensrettende Transplantat?¹⁸⁵ Und wäre es nicht von einem kontraktualistischen Standpunkt her am fairsten, denen zuerst ein Organ zu geben, welche selbst Organspender sind?¹⁸⁶ Auf qualitative Unterschiede abzustellen, so schlimm es auch ist, ist nicht unbedingt Willkür.¹⁸⁷

Manchmal könnte auch eine Diskriminierung aufgrund von Charaktereigenschaften utilitaristisch begründet werden: wenn eine Gruppe von Menschen als Geiseln genommen wird und die Frage aufkommt, wer zuerst freigelassen werden sollte, könnte eine gewisse Hierarchie Sinn machen. Schon im Jüdischen Recht wurde diese Frage diskutiert:

“If a man and his father and his teacher were in captivity he takes precedence over his teacher and his teacher takes precedence over his father, while his mother takes precedence over all of them. A scholar takes precedence over a king of Israel, for if a scholar dies there is none to replace him while if a king of Israel dies, all Israel are eligible for kingship.”¹⁸⁸

¹⁸⁴ vgl. Gutmann, S. 154.

¹⁸⁵ Im Übrigen werden in Deutschland solche qualitativen Unterschiede bei der Allokation von Organen gemacht. So wird einem Alkoholiker eine Leber nur gegeben, wenn er „trocken“ ist. Für eine Kritik, siehe Gutmanns Kommentar zum Transplantationsgesetz: „Keinesfalls haltbar ist die Regel, der zufolge bei Patienten mit alkoholinduzierter Leberzirrhose die Aufnahme auf die Warteliste erst dann erfolgen dürfe, wenn der Patient für mindestens 6 Monate völlige Alkoholabstinenz eingehalten habe oder eine erfolgreiche Entzugsbehandlung nachweise und ein entsprechendes fachärztliches Gutachten vorlege (Richtlinie der Bundesärztekammer zur Aufnahme auf die Warteliste Leber, sub 1.2.1.). Es fehlt schon an einer haltbaren medizinischen Begründung für festgeschriebene Abstinenzzeiten (Webb/Neuberger BMJ 329, 2004, 63); insb. aber verstößt es in evidenter Weise gegen Art. 2 II S. 1 GG und den das Grundrecht auf Leben charakterisierenden Grundsatz der Lebenswertindifferenz, einen akut dekompensierenden Patienten sterben zu lassen, weil er noch nicht „trocken“ ist. Kein Transplantationszentrum darf im Fall der Lebens- oder ernsten Gesundheitsgefahr für einen Patienten dieser „Feststellung“ der BÄK folgen.“ Schroth / Gutmann / König / Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar, § 16 Rn. 15.

¹⁸⁶ Dershowitz, „Rights from Wrongs“, S.210.

¹⁸⁷ Bernard Williams traf in einem anderen Kontext die Unterscheidung zwischen einem „horrible result“ und einem „arbitrary result.“ Im Kern ist es das gleiche, was ich zu sagen versuche. Vgl. Williams, „Which Slopes are Slippery?“, S. 126f.

¹⁸⁸ Horayot 13a, 22ff.

Man kann darüber streiten, ob die Begründungen, mit denen man hier den Vorrang des einen Lebens über das anderer für stichhaltig hält – und manchmal erscheinen gewisse Begründungen als ungerecht, da willkürlich.¹⁸⁹ Dennoch kann man nicht leugnen, dass das Prinzip, nicht denjenigen sterben zu lassen, den man nicht ersetzen kann und dessen Weiterleben essentiell zum Fortbestand einer Gesellschaft ist, alles andere als Willkür ist.

Andere utilitaristische Hierarchien, wie wir sie heute verwenden, führen zu dem selben Gedanken: Die Mutter von fünf jungen Kindern verdient vielleicht Vorrang vor dem Kinderschänder. Das Beispiel der Notaufnahme in Israel zeigt, dass diese Probleme auch außerhalb von Philosophieseminarräumen vorkommen können. Auch in Deutschland werden solche Unterschiede gemacht: man denke nur an gewisse Faustregeln, die man bei Fragen der Allokation und Triage benutzt: beim Schiffunglück sind diese „Frauen und Kinder zuerst!“ und „Der Kapitän verlässt das Schiff zuletzt!“

Es gibt natürlich gute Gründe, in solchen seltenen Situationen diese Faustregeln nicht zu institutionalisieren. Feste Regeln zu entwerfen für Fälle, die so selten und so chaotisch sind, scheint mehr Missbrauchsgefahren als Vorteile zu bergen. Dennoch gibt es einschlägige Fälle, bei denen wir um eine gesetzliche Regelung nicht drumherum kommen können: im Kriegsrecht sollte die Frage ermittelt werden, ob das Leben der eigenen Soldaten wertvoller als das der Zivilisten der Feindesnation ist.¹⁹⁰ In der Katastrophenmedizin muss es Richtlinien geben, wem die Sanitäter zuerst zur Hilfe kommen sollten. Und auch bei der Verteilung von Organtransplantaten kommt man um eine klare Gesetzeslage nicht herum. Schließlich droht dann Anarchie und Korruption; etwas, was in ad hoc Katastrophensituationen, wie einem Schiffbruch, relativ unwahrscheinlich ist. Aber dieser Einwand gilt der institutionellen Ebene:

¹⁸⁹ So heißt es an anderer interessanter Stelle im Talmud: “A priest takes precedence over a levite, a levite over an israelite, an israelite over a bastard...” Da gewisse Stämme für wichtiger gehalten werden als andere, werden Stammesunterschiede zur Grundlage genommen, die wir heute nicht nachvollziehen würden. Dann folgt die wichtige Einschränkung: “This order of precedence applies only when all these were in other respects equal. If the bastard, however, was a scholar and the high priest an ignoramus, the learned bastard takes precedence over the ignorant high priest.” Horayot 13 a, 38-41 Gewisse Eigenschaften, wie Gelehrtheit, übertrumpfen also Stammesunterschiede.

¹⁹⁰ Der Atombombenwurf über Hiroshima und Nagasaki wurde bekanntlich so gerechtfertigt. So argumentierte die US-Regierung, dass diese Angriffe den Krieg vorzeitig beendet haben und somit das Leben zahlreicher Soldaten verschont geblieben ist.

nämlich der Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung solcher Fragen. Diese wird in Teil II ausführlich diskutiert. Es ist wohlgermerkt eine andere Frage als die normative, ob und wie eine qualitative Unterscheidung von Menschen in Notlagen moralisch gerechtfertigt werden kann. Und selbst wenn wir uns gegen eine Institutionalisierung dieser Regeln aussprechen, entbindet dieses uns nicht von der Pflicht, ihre normativen Implikationen offen und ehrlich zu bedenken – auch wenn dieses bedeuten würde, dass einige Fundamente unseres Grundgesetzes, wie z. B. die Menschenwürde und das Gleichheitsgebot, auf dem Prüfstand ständen.¹⁹¹

Kommen diese Gedanken einem „singulären Tabubruch“ gleich? Wenn ja, warum empfinden wir diese durchaus rationalen Begründungen als so abstoßenswert? Moralpsychologen haben hierauf letztes eine Antwort gegeben. Diese lässt es fraglich erscheinen, ob zum einen Deontologie überhaupt als Moralthorie anzuerkennen ist und zum anderen, ob eine Unterscheidung zwischen unserer Bewertung zur Abwägung in Normal- und Katastrophenfällen sinnvoll ist. Mit ihr lässt sich argumentieren, dass eine quantitative Abwägung von Menschenleben keine Schwierigkeit darstellt, da sie auf einem Missverständnis von Deontologie beruht.

¹⁹¹ Man kann natürlich einwenden, dass diese Fälle aus der Katastrophenmedizin anders sind als das Szenario in *R v. Dudley and Stephens*. Zum einen werden in den Fällen keine Menschen getötet, sondern es wird eine Hilfeleistung unterlassen. Diesen Einwand hörte man auch im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes, in dem einige argumentiert haben, dass es einen großen Unterschied mache, ob man die nicht mehr zu rettenden Personen im Flugzeug tötet oder den noch zu rettenden Personen am Boden nicht zu Hilfe kommt. Aber diese Unterscheidung zwischen einer Handlung und einer Unterlassung ist nicht immer ganz eindeutig, wie wir aus der Medizin wissen. Zum Beispiel ist es bei der Euthanasie fraglich, was schlimmer ist: einen Menschen tagelang nicht zu füttern, so dass er qualvoll stirbt (Unterlassung) oder sein Leben durch eine Injektion zu beenden (Handlung). Natürlich sind die meisten Fälle zwischen einer Handlung und einer Unterlassung sehr viel klarer. Das Beispiel zeigt jedoch, dass wir manchmal willkürliche Grenzen in der moralischen Beurteilung ziehen. Dass wir dieses tun hat m. E. wohl weniger mit moralischen Prinzipien zu tun, nach denen ein großer Unterschied zwischen einer Tötung durch Unterlassung und einer Handlung vorliegt, sondern eher mit moralpsychologischen Gründen. Da unser persönliches Involviertsein bei einer Handlung größer ist als bei einer Unterlassungstat, kommen wir zu einer anderen moralischen Bewertung. Das heißt aber nicht, dass diese Bewertung notwendigerweise sinnvoll ist.

10. Ist der Katastrophenfall wirklich so anders? Ein psychologischer Exkurs zur Deontologie/Konsequentialismus-Dichotomie

In den letzten Jahren haben Wissenschaftler aus Princeton und Harvard den Versuch unternommen, unsere Ablehnung, Menschen als Mittel zum Zweck zu benutzen moralpsychologisch zu erklären. Dies haben sie anhand des Weichenstellerproblems getan. Dabei wurde vermutet, dass die unterschiedlichen Reaktionen auf die verschiedenen Weichensteller-Szenarien darauf zurückzuführen seien, dass in den jeweiligen Szenarien verschiedene Gehirnregionen beim moralischen Entscheidungsprozess angeregt werden.

Wie Joshua Greene herausgearbeitet hat¹⁹², wird im ersten Szenario die kognitive Seite des Gehirns angeregt, welche dem Menschen erlaubt, kalkuliert und nüchtern eine Entscheidung zu treffen. Da beim Umstellen der Gleise man keiner Person direkt Schmerzen zufügen muss, ist der Mensch fähig, relativ neutral über diese Lage zu urteilen. Im zweiten Szenario wird die emotionale Seite des Gehirns angeregt. Da es sich beim zweiten Szenario um ein Dilemma handelt, in dem die persönliche Involvierung und damit Schuld am Tode des einen Menschen sehr viel größer ist, reagieren Menschen auf solche Szenarien mit einer kategorischen Ablehnung, die evolutionär bedingt ist: da Menschen sich in einer Umwelt entwickelt haben, in der Gewaltverzicht und Kooperation zum Überleben nötig waren, reagieren Menschen auf das absichtliche Zuführen von Gewalt mit Abscheu.¹⁹³ Wenn es also im zweiten Szenario abgelehnt wird, eine Person zu töten, um fünf andere zu retten, hat dies nicht viel mit abstrakter Moralphilosophie à la Kant zu tun, sondern damit, so Greene, dass Menschen im Nachhinein ihre emotionale Reaktion durch deontologische Grundsätze zu rationalisieren versuchen.

Wenn Greene Recht hat, ist die Ironie, dass Deontologie, die die Rolle von Emotionen in moralischen Entscheidungen stets ablehnte und ihre Quelle in der Vernunft sah¹⁹⁴, nichts weiteres als ein Rationalisierungsversuch emotionaler Intuitionen, während Konsequentialismus einen höheren Grad an kognitiver Reflektion verlangt. Menschen

¹⁹² Greene, "An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgement" in *Science*, 293 (5537)

¹⁹³ Greene, "From neutral 'is' to moral 'ought': what are the moral implications of neuroscientific moral psychology?," in *Nature Reviews Neuroscience*, Vol. 4, S. 849

¹⁹⁴ vgl. Bayertz, „Warum überhaupt moralisch sein?“, S. 233ff..

entwickeln eine deontologische Moralphilosophie, da diese unseren moralischen Intuitionen in klaren und eindeutigen Ge- und Verboten Ausdruck verleiht, während Konsequentialismus die moralische Richtigkeit einer Handlung vom Kontext abhängig macht. Eine Moralphilosophie, die klare Linien setzt, wo in der Realität lediglich ein Kontinuum existiert, sei daher so attraktiv für viele, weil sie unseren Emotionen Sinn verleiht. Ein Vokabular wie "Pflichten", "Rechte", "Menschenwürde" erleichtert es, über Kontexte im Alltag nachdenken zu müssen – indem man einfordert, den Kontext zu ignorieren. Es ist somit die Frage zu beantworten, warum man den Mann nicht auf die Gleise schubsen darf, um andere Menschen zu retten, sobald er eine "unantastbare Würde" hat, die man unabhängig von den resultierenden Konsequenzen nicht verletzen darf. Mit abstrakten Moralprinzipien habe eine solche Rationalisierung emotionaler Instinkte jedoch wenig zu tun.

Dass Deontologie wohl eher emotionaler Natur ist, zeigt sich auch darin, dass meistens auch Deontologen glauben, dass zumindest in Katastrophenszenarien es legitim sei, vermeintlich kategorische Pflichten zu übertreten.¹⁹⁵ Während es verboten sei, einen Mann auf die Gleise zu schubsen, um fünf Menschen zu retten, sei es erlaubt dieses zu tun, wenn 500,000 Menschen dadurch gerettet werden könnten. In diesen Szenarien macht es plötzlich wieder Sinn, über das Gemeinwohl nachzudenken.

Wie wir gesehen haben, versuchen manche Deontologen, wie z. B. Nozick, dieses Problem einfach auszublenden. Andere hingegen, wie Kamm, bemühen sich, diese Rückbesinnung auf das Gemeinwohl mit weiteren abstrakten Theorien zu rechtfertigen. Dabei könne man dieses auch damit erklären, dass eine von Emotionen

¹⁹⁵ Kant war bekanntlich die Ausnahme, da dieser auch die Pflicht, nicht zu lügen, auch dann befolgen würde, wenn der Mörder seines Freundes fragen würde, ob sich dieser bei ihm aufhielte. Vgl. Kant "Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen," AA Bd. VIII S. 423ff. Aber diese Rigidität scheint Greenes These nicht zu widersprechen. Ganz im Gegenteil: "[I]n a dramatic display of true intellectual integrity, Kant sticks to his theory and rejects the intuitive response... But what's interesting about this bit of Kantian ethics is that's something of an embarrassment to contemporary Kantians, who are very keen to explain how Kant somehow misapplied his own theory in this case... Kant's old-fashioned views on these topics have to be explained away, which is not very hard, since his arguments were never terribly compelling to begin with. If you want to know which bits of Kant contemporary Kantians will reject, follow the emotions." Greene, S. 40.

generierte Moraltheorie bei solchen Fällen an ihre kognitiven Grenzen stößt. Wie Greene aus eigener Lehrerfahrung anschaulich das Phänomen beschreibt:

“This psychological account of consequentialism and deontology makes sense of certain aspects of their associated phenomenologies. I have often observed that consequentialism strikes students as very appealing, even as tautologically true, when presented in the abstract, but that’s its appeal is easily undermined by specific counterexamples. When a first-year ethics student asks, “But isn’t it obvious that one should do whatever will produce the most good?” all you have to do is whip out the *footbridge* case [das 2. Weichensteller Szenario, eig. Anm.] and you’ve made your point. Whatever initial “cognitive” appeal consequentialist principles may have is quickly neutralized by a jolt of emotion, and the student is a newly converted deontologist: “Why is it wrong to push the man off the footbridge? Because he has a *right*, inviolability founded on justice that even the welfare as a whole cannot override!”¹⁹⁶ Then, it’s time for a new counter-example: “What if the trolley is headed for a detonator that will set off a nuclear bomb that will kill half a million people?” Suddenly the welfare of society as a whole starts to sound important again. “Cognition” strikes back with a more compelling utilitarian rationale, and the student is appropriately puzzled. As this familiar dialectic illustrates, the hypothesis that deontology is emotionally based explains the “NEVER – except sometimes” character of rights-based, deontological ethics. An alarm-like emotional response presents itself as unyielding and absolute, until an even more compelling emotional or “cognitive” rationale comes along to override it.”¹⁹⁷

Greenes Studien können uns natürlich keine Antworten darauf geben, wie wir in einem Dilemma, wie das, vor dem wir im Luftsicherheitsgesetz stehen, handeln sollen. Sie sind lediglich *deskriptiv* zu verstehen, wie Greene selbst einräumt. Dennoch könnte uns das Wissen darüber, dass wir, wenn wir deontologisch argumentieren, eher unseren Emotionen Ausdruck verleihen als kognitiven, abstrakten Prinzipien, demütiger und skeptischer für den moralischen Diskurs machen.¹⁹⁸ Natürlich sind deontologische Prinzipien nicht dadurch falsch, nur weil sie von unserer evolutionär bedingten Emotionalität herrühren. Dieses zu behaupten, käme einem naturalistischen Fehlschluss gleich. Vielmehr noch würde ein evolutionärer Ursprung deontologischen Denkens eine gewisse Nützlichkeit suggerieren: schließlich sind es diese moralischen Alltagsemotionen, die uns zum

¹⁹⁶ Hier zitiert Greene John Rawls’ „A Theory of Justice“, S.3.

¹⁹⁷ Greene, „The secret joke of Kant’s soul“, S. 65f.

¹⁹⁸ Ähnlich verhält es sich auf anderen Gebieten: ob wir im Alltag vom guten Menschenverstand reden oder im Strafrecht dem Menschen freien Willen und Verantwortlichkeit zusprechen – in vielen Gebieten benutzen wir Begriffe und Konzepte, über deren Wahrheitsgehalt uns die Psychologie Aufschlüsse geben kann. Die Ökonomie hat bereits vor Jahrzehnten sich Erkenntnisse aus der psychologischen Wissenschaft zu Eigen gemacht; die Politikwissenschaft und andere Wissenschaften sind ihr gefolgt. Wo solche moralpsychologischen Studien uns führen werden und ob die Philosophie und die Rechtswissenschaften sich ihrer Erkenntnisse aufgeschlossen verhalten werden, wird in den nächsten Jahren mit Spannung zu verfolgen sein.

Überleben verhelfen. Wenn wir jede Situation, wie Bilderbuch-Utilitaristen „ausrechnen“ müssten, indem wir sämtliche Faktoren gegeneinander abwägen, hätten wir es eventuell nicht sehr viel weiter als bis zur Steinzeit gebracht. Gleichzeitig suggeriert eine evolutionsbedingte Entwicklung deontologischen Denkens, dass diese Denkart ungeeignet für außeralltägliche Ausnahmezustände ist, da sie den Kontext zu sehr ignoriert. Wie ein chinesisches Sprichwort es ausdrückt: „In geordneten Zeiten halte dich an die Regeln, wenn es aber drunter und drüber geht, richte dich nach den Umständen.“¹⁹⁹

Je mehr wir jedoch deontologische Philosophie als Ausdruck unserer Emotionen sehen, desto weniger erscheint es sinnvoll, ihr Immunität vor berechtigter Kritik zu verleihen. Dass wir generell alles als kritikfähig ansehen, selbst unsere höchsten Werte, ist jedoch kein Grund zur Sorge. Ganz im Gegenteil, es könnte sogar prinzipiell eine gute Sache sein. Mit Mill gesprochen, bewahren auch die wahrsten Aussagen nur ihren Wert, wenn sie stets auf den Prüfstein gehoben werden. Wie Mill schreibt:

“However unwillingly a person who has a strong opinion may admit the possibility that his opinion may be false, he ought to be moved by the consideration that however true it may be, if it is not fully, frequently, and fearlessly discussed, it will be held as a dead dogma, not a living truth.”²⁰⁰

Angesichts der Teilnahmelosigkeit, mit der man geduldet hat, dass die Debatte um das Luftsicherheitsgesetz hochemotional und unnuanciert von wenigen geführt würde, ist es zweifelhaft, dass alte Dogmen überhaupt in Frage gestellt werden. Aber wenn es den Passagieren im entführten Flugzeug von einigen zugemutet wird, auf eine unerwartete Kursänderung zu hoffen, dann ist es eventuell auch nicht zu absurd zu hoffen, dass vorpositivistische Dogmen, wie die Menschenwürde und das Recht auf Leben, irgendwann aufs Neue debattiert werden und dadurch an Vitalität gewinnen werden.

¹⁹⁹ Zit. nach Isensee, S. 234.

²⁰⁰ Mill, „On Liberty“, Kap. 2.

V. Zusammenfassung des 1. Teils

Wir haben gesehen, dass das Urteil des Bundesverfassungsgericht in der Tradition der bisherigen Rechtsprechung und Dogmatik zur Menschenwürde steht, nach der Menschen nicht als bloßes Mittel, sondern nur als Zweck in sich behandelt werden müssen. Wie sich jedoch herausstellt, ist diese Dogmatik auf den Fall des Luftsicherheitsgesetzes nicht anwendbar. In der philosophischen Diskussion um die Weichenstellerprobleme stellte sich heraus, dass wir im Falle einer Flugzeugentführung die Menschen nicht als Mittel benutzen, sondern, dass ihre Tötung ein ungewollter Nebeneffekt ist. Ihr Tod setzt eine Rettung nicht voraus. Im Gegensatz zu dem, was das Gericht und die zahlreichen Kommentatoren schrieben, dreht sich also die Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz nicht um eine klassische Debatte um Utilitarismus oder Deontologie. Dass wenige Menschen zum Wohle Vieler geopfert werden, ist nicht die zentrale Frage im Szenario des Luftsicherheitsgesetzes. In dieser Diskussion haben wir die wesentliche Unterscheidung zwischen *disabler* und *enabler* getroffen. Während erste ungewollte Opfer sind, deren Tod ein unausweichlicher Nebeneffekt einer Rettungstat darstellt, sind letztere Mittel, die zum Zweck einer Rettungsmaßnahme instrumentalisiert werden. In der Diskussion um Matthias Kumms Rechtsanalyse wurde deutlich, dass eine Rettung, in der die möglichen Opfer *disabler* sind, nicht gegen die Menschenwürde verstößt und daher dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen ist. Jedoch könne kein grundrechtskonformes Gesetz verlangen, dass Menschen sich als *enabler* für das Wohl der Gesellschaft opfern müssen.

Nachdem wir den Fall des Luftsicherheitsgesetzes in die verfassungskonforme Kategorie für die Opfer als *disabler* gestellt haben, wurde zuletzt auf die Frage eingegangen, ob es andere Szenarien gibt, in denen eine Tötung Unschuldiger als *enabler* erlaubt sei; oder anders gefragt: kann es im Falle einer Katastrophe eine Solidaritätspflicht für Individuen geben, für das Wohl der Gemeinschaft zu sterben? Dies scheint zumindest unsere weitverbreitete Intuition zu sein: wenn das Zahlenverhältnis zwischen Opfern und Geretteten hinreichend groß ist, so scheint es legitim zu sein, einen Menschen zur Rettung von einer Million Menschen zu töten. In der Diskussion um Lothar Fritzes Vorschlag wurde deutlich, dass es durchaus rational sei, dass Menschen ihrem Tod in Katastrophensituationen zustimmen würden. Die verschwindend geringe Möglichkeit zu den Geopferten und die einhergehende fast hundertprozentige Wahrscheinlichkeit zu den Geretteten zu gehören, macht eine solche Zustimmung sinnvoll. Allerdings, so Fritze, könne man es keinem verwerfen, sich gegen eine Opferung zu wehren, käme es im Ernstfall zu der geringen Möglichkeit, dass man zur Rettung der anderen getötet werden müsse. So lässt sich nach Fritze argumentieren, dass es in Extremsituationen rechtens sein könne, Menschen zur Rettung des Gemeinwesens zu opfern. Jedoch gibt es zu diesem Recht keine korrelierende Pflicht des Individuums, im Ernstfall den eigenen Tod zu dulden. Eine weitere Schwierigkeit in dieser Frage bildet das theoretische

Defizit, ein hinreichend großes Zahlenverhältnis zwischen Opfern und Geretteten klar zu definieren. Während bei diesem Problem Fritzes Vorschlag daran scheitert, eine Anleitung für das praktische Handeln zu formulieren, unternahm Kai Möller den Versuch, aus unserer moralischen Intuition, dass es in eindeutigen Extremfällen legitim ist, Opfer als enabler zu töten, eine neue Grundrechtsdogmatik zu formulieren. Mit Hilfe von Frances Kamms Statustheorie entwickelt Möller den Ansatz einer „qualifizierten Abwägung.“ Danach müsse eine Verletzung der Antastbarkeit der Würde danach bewertet werden, welche Konsequenzen eine solche Verletzung für den Status eines jeden hätte. Wie Möller argumentiert, sei eine Verletzung der Menschenwürde in Katastrophenfällen gerechtfertigt, jedoch in minderschweren Fällen zu unterlassen. Auch wenn Möller in seinem Ansatz die Schwierigkeit einer geeigneten quantitativen Grenzziehung nicht lösen kann, so ist sein Ansatz erhellend für eine Grundrechtsdogmatik, die typischerweise abwägungsfeindlich ist. Nachdem der quantitative Aspekt analysiert wurde, wurde auf die Frage eingegangen, ob jemals nach qualitativen Eigenschaften Opfer selektiert werden dürften. Es wurde anhand des berühmten Schiffbruchfalles *Q v. Dudley and Stephens* versucht darzustellen, dass auch hier sinnvolle Unterscheidungen getroffen werden können, die nicht unbedingt mit Willkür einhergehen. Somit sollte die These, Not kenne kein Gebot, angezweifelt werden. Zuletzt wurde die Möglichkeit diskutiert, dass die quantitative Grenzziehung gar kein Problem darstellt, da eine deontologische Abwägungsfeindlichkeit ohnehin auf einem Missverständnis von Deontologie als Moraltheorie beruht. Es wurde gezeigt, dass wir es mit einem Reflex unserer Emotionen zu tun haben. Im zweiten Teil der Arbeit wird die Frage diskutiert, ob und in welcher Form Ausnahmeregelungen Einzug in unsere Gesetze finden sollen.

Teil II

1. Welche institutionellen Modelle kennt das Recht, um mit Notlagen umzugehen?

Dieser Teil der Arbeit setzt den Schwerpunkt auf der politisch philosophischen Ebene. Er befasst sich mit der Frage, wie die Gesetzgebung mit Notstandslagen umgehen soll. Diese Ebene werde ich die *institutionelle* nennen, da sie im Gegensatz zur moralischen Frage, ob der Abschuss normativ gerechtfertigt ist, sich nicht um substantielle Fragen dreht, sondern um eine rein prozedurale bzw. formelle, die lautet: in welcher Form soll der Abschuss, wenn überhaupt, geregelt werden.

Auslöser dieses Kapitels ist die interessante Nebenbemerkung des Gerichtes:

“Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären.”²⁰¹

Es wurde bemerkt, dass dieser Satz so zu lesen sei, dass das Gericht der Ansicht war, dass, wenn der Ernstfall auftrete, der Soldat, der den Abschuss vornehme, *entschuldigt* handelt. Wenn es tatsächlich jemals zu einem Abschuss eines Passagierflugzeuges käme und sich dieser als lebensrettende ultima ratio Maßnahme herausgestellt hätte, würde die Person, die den Abschuss verrichtet hat, nicht notwendigerweise dafür strafrechtlich verfolgt. Die Tat wäre zwar immer noch vom Standpunkt des Grund- und Strafrechtes illegal, allerdings könnte die Tat gemäß der strafrechtlichen Dogmatik des Notstandes *entschuldigt* werden, d.h. der Täter würde nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen.

Mit anderen Worten, der Soldat, als privates Individuum, könnte für einen möglichen Abschuss entschuldigt werden, aber dies könnte nicht das richtige Handeln des Staates sein. Dies hat mit der Natur von Gesetzen zu tun: während der Staat nur das machen darf, was ihm explizit vom Gesetz geboten ist, darf ein Individuum machen, was ihm nicht verboten ist – und in manchen Fällen, in denen ein Schuld- bzw. Verantwortungsausschluss beim Individuum feststellbar ist, könnte ihm seine rechtswidrige Tat nachgesehen, d.h. entschuldigt werden. Aber staatliches Handeln muss gesetzlich autorisiert sein, es kann sich nicht auf solche Entschuldigungsgründe stützen.

²⁰¹ BvR 357/05 Abs. 130.

Es kommt die Frage auf, warum man dann eine Tat, die man ex post entschuldigen würde, nicht ex ante legalisieren will. Die Begründung, dass dies nicht der Fall sei, da wir es hier mit zwei unterschiedlichen Rechtsgebieten zu tun haben – einmal öffentliches Recht und zum anderen Strafrecht – ist nicht überzeugend. Schließlich handelt der Soldat nicht als bloßes Individuum. Er benutzt staatliche Ressourcen, ohne die er kein Passagierflugzeug abschießen könnte und er handelt wohlmöglich auf Befehl des Verteidigungsministers. Somit verschiebt der Rekurs auf die Entschuldigungsdogmatik nur das Dilemma, vor dem der Staat steht, doch er löst ihn nicht.²⁰²

Es ist überraschend, dass diese institutionelle Frage in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz kaum erörtert wurde.²⁰³ Es wurde zwar behauptet, dass dies damit zusammenhänge, dass wir im Falle des Luftsicherheitsgesetzes „rechtliches Neuland“ betreten. Aber dies ist nicht wahr: schließlich hatten wir in den Abtreibungsdebatten und den Debatten um die Notstandsgesetze in den 1960er Jahren ähnliche Fragestellungen wie in der heutigen Debatte, wie wir mit Terrorismus verfassungsrechtlich umgehen sollen.

In Deutschland scheint man sich sehr schwer zu tun, über solche Fragen nachzudenken. Zu sehr sind die Erinnerungen vom Scheitern der Weimarer Republik durch den Missbrauch von Notstandsverordnungen im historischen Gedächtnis eingeebnet. So verwundert es nicht, dass der bloßen Idee, den vermeintlichen Ausnahmezustand zu regeln, mit Skepsis – um nicht zu sagen: schierer Ablehnung – begegnet wurde. So schrieb Bernhard Schlink: „Vielleicht steht hinter dem Beschluss des Luftsicherheitsgesetzes und der Forderung nach Aufhebung des Folterverbots sogar der Traum, die Welt so verrechtlichen zu können, dass es die Grenze des Rechts gar nicht mehr gibt.“²⁰⁴ Und Udo di Fabio, Bundesverfassungsrichter im Zweiten Senat, beklagt, dass wir “Opfer einer vielleicht zu weit getriebenen Verrechtlichung der Gesellschaft” seien, da “[v]iele meinen, jeden denkbaren Grenzfall noch

²⁰² Isensee, S. 232: “Der verbleibende Anwendungsbereich der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe für das Private ist für das anstehende Problem praktisch belanglos, weil kein Privater über taugliche Waffen zum Flugzeugabschuss verfügt. Amsträger aber, die den Zugriff haben, können nicht, auch wenn sie eigenmächtig handeln, in die Rolle des Privaten schlüpfen.“

²⁰³ Wenige Ausnahmen bilden Hilgendorf, Schlink, Hartleb, Höfling/Augsberg, Lepsius, Dietlein, Isensee und Ladiges.

²⁰⁴ Schlink, S. 36

gesetzlich regeln oder rechtlich antizipierend schon diskutieren zu müssen.“²⁰⁵ Di Fabio verwirft die Idee, den Ausnahmezustand konzeptionell zu denken, da er das Produkt eines “scharfsinnigen Geistesverwirrer[s]”²⁰⁶ (Carl Schmitt) ist, anstelle darüber nachzudenken, unter welchen Umständen wir das Recht erweitern sollten und wann nicht.

Es kann ja durchaus sein, dass wir kein Luftsicherheitsgesetz brauchen, aber dann muss man fragen, warum *dieses* Gesetz in *diesem* konkreten Fall keinen Sinn macht. Aber die gesetzliche Regelung von Grenzfällen von vornherein kategorisch abzulehnen ist absurd. Schließlich liegt es in der Natur des Rechts, sich ständig zu ändern, da es nicht immun gegen politische und gesellschaftliche Veränderungen ist. Die Quelle des Rechts ist Erfahrung²⁰⁷: diese lehrt uns unter anderem, wann wir Gesetze modifizieren sollen und wann wir es lieber bleiben lassen. Dies kann nicht abstrakt geschehen. Es hängt vom jeweiligen Fall ab.

Bevor ich konkret auf den Fall des Luftsicherheitsgesetzes zu sprechen komme, seien die vier verschiedenen Modelle vorgestellt, mit denen man den Ausnahmezustand regeln kann. Hierbei werden die Vor- und Nachteile des jeweiligen Modells vorgestellt. Danach werde ich diese Gedanken auf den Kontext des Luftsicherheitsgesetzes übertragen und abschließend fragen, welches Modell hierfür das geeignetste wäre.

2. Typologie

Grob gesprochen gibt es vier theoretische Modelle, nach denen man Notstandssituationen nach dem Gesetz regeln kann. Es handelt sich hierbei um “Idealtypen”, da keines der Modelle in Reinform in der Wirklichkeit anzutreffen ist. Jedoch helfen diese Idealtypen bekanntlich “beschreibend Wirklichkeit zu erklären.”²⁰⁸

²⁰⁵ Di Fabio, „Westen muss Westen bleiben“, DIE WELT, 12. November 2007. Ebenso Lepsius, „Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz“, in: FG Hirsch 2006, S. 69.

²⁰⁶ Ebenda.

²⁰⁷ Dershowitz, „Rights from Wrongs“.

²⁰⁸ Vgl. Weber, „Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S.190ff.

Erstens kann man behaupten, dass es in Notstandslagen, in denen der Staat in existentieller Gefahr ist, absolut irrelevant ist, was das Gesetz sagt. Ob ein Staat überlebt, ist keine Frage, die man vom Recht abhängig machen sollte. Dieses Modell kann man das *realistische Modell* nennen, nach der gleichnamigen Schule aus der Politikwissenschaft, nach der Staaten ihr Handeln nicht danach ausrichten, was moralisch oder rechtens ist, sondern was in ihrem besten Interesse ist. Zweitens kann man behaupten, dass das Gesetz sowohl die Norm als auch die Ausnahme regelt und man daher am Gesetz bedingungslos festhalten sollte. Dieses Modell werde ich das *kategorische Modell* nennen, da es annimmt, Gesetzen kategorisch folgen zu müssen. Drittens kann man der Ansicht sein, dass das Gesetz nur die Norm regelt und es Ausnahmen gibt, die verlangen, das Gesetz zu erweitern oder zu modifizieren. Dieses Modell nenne ich das *Kompromissmodell*, da es einerseits anerkennt, dass das Gesetz nicht in jeder Situation befolgt werden kann und andererseits am Gedanken der Rechtsstaatlichkeit und Gesetzeskonformität durch Gesetzesmodifizierung festhalten will. Es stellt einen Kompromiss zwischen Gesetzestreue und politischer Notwendigkeit dar. Ein viertes Modell fordert, dass man nicht das Gesetz ändern und an der Rigorosität der existierenden Gesetze festhalten sollte. Dies geschieht im Wissen, dass das Gesetz in existentiellen Notstandslagen umgangen wird. Dies hätte den Vorteil, dass nicht alles, was militärisch oder politisch notwendig ist, Einzug ins Recht findet. So bliebe die Integrität des Rechtssystems gewahrt. Dieses Modell werde ich das *außergesetzliche Modell* nennen, da es die Lösung zu Notstandslagen im Umgehen des Gesetzes sieht.²⁰⁹

a. Das realistische Modell

Das realistische Modell geht von der Annahme aus, dass es ohnehin irrelevant sei, was das Gesetz sagt, wenn ein Staat vor einer existentiellen Bedrohung steht. Wie der ehemalige US Außenminister Dean Acheson es formulierte: “[T]he survival of states is not a matter of law.”²¹⁰ Auch Abraham Lincoln bemerkte einst sehr zutreffend:

²⁰⁹ Eine ähnliche Typologie in der wenigen Literatur zum Thema nimmt Oren Gross vor, in Oren Gross „Chaos and Rules”, 112 Yale L. J. 1011 (2003). Für andere erhellende Diskussionen zum Thema siehe Tushnet, „Defending Korematsu“ Wisconsin Law Review (no. 2, 2003), 273–307, Ferejohn/Pasquino, „The law of the exception“, Int. Journal of Constitutional Law 2004, 2 (2): 210ff.; Dyzenhaus, „Schmitt v. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?“, 27 Cardozo Law Review 2005, 2006 (2006); Morrison, „Suspension and Extrajudicial Constitution“, 107 Col. Law Review 1533 (2007).

²¹⁰ Zitiert nach Dershowitz, „Preemption“, S. 77.

“Every man thinks he has a right to live and every government thinks it has a right to live. Every man when driven to the wall by a murderous assailant will override all laws to protect himself, and this is called the great right of self-defense. So every government, when driven to the wall, by a rebellion, will trample down a constitution before it will allow itself to be destroyed. This may not be constitutional, but it is fact.”²¹¹

Der Grund für diese pragmatische Einschätzung ist, dass Gesetze von Natur aus zu inflexibel seien als dass sie Notstandslagen in irgendeiner Weise regeln könnten. Schon Platon bemerkte, dass Recht zu inflexibel sei, da es in der Natur von Gesetzen liege, nur die Norm und nicht die Ausnahme zu regeln. Daher sei es besser, wenn man von weisen Männern regiert würde, die genug Handlungsspielraum haben, um ihrer obersten Pflicht, das Gemeinwohl zu sichern, nachzukommen.²¹² Von Gesetzen regiert zu werden, wie es sein Schüler Aristoteles vorschlug, sei nicht geeignet, da diese nicht für alle Eventualitäten vorsorgen könnten. Sprichwörter wie “Not kennt kein Gebot”, “salus populi suprema lex est“, “raison d’etat”²¹³ und “inter arma silent leges” spiegeln diese Ansicht wieder.

Manchmal hört man auch die Meinung, dass man sich im Kampf gegen den Terrorismus nicht immer ans Gesetz halten sollte. Schließlich halten sich Terroristen auch nicht ans Gesetz. Warum müssen wir Opfer uns denn freiwillig im Kampf gegen den Terrorismus benachteiligen und uns solchen Zwängen unterwerfen? Hierauf kann man erwidern, dass es wichtig ist, dass diese Staaten Terrorismus mit rechtsstaatlichen Mitteln bekämpfen müssen, da wir andernfalls unsere Prinzipien aufgeben werden, in deren Namen wir kämpfen.²¹⁴

Darüber hinaus muss man bedenken, dass der Kampf gegen den Terrorismus keiner ist, der ein festes Enddatum haben wird. Anders als konventionelle Kriege werden religiös fanatische Terrornetzwerke nicht einen Waffenstillstand eingehen und einen Friedensvertrag unterzeichnen. Menschen, die im Namen ihrer Ideologie ihren eigenen Tod und den ihrer Bevölkerung begrüßen, sind schwerlich abzuschrecken. Dieser Umstand belässt uns in einem Zustand permanenter Sorge und Gefahr. Wir

²¹¹ Lincoln, zitiert in Rossiter, S.11.

²¹² Platons Dialog Politikos oder Vom Staatsmann, 294c. ff.

²¹³ vgl. Machiavelli, „Der Fürst“

²¹⁴ So schrieb Aharon Barak, ehemaliger Richter am Obersten Gerichtshof in Israel: „Although a democracy must often fight with one hand tied behind its back, it nonetheless has the upper hand.“ Public Committee Against Torture v. Israel HCJ 5100/94.

müssten gerade dann am Prinzip festhalten, dass das Gesetz ganz und gar nicht irrelevant sei. Besonders in Zeiten von Krisen und Notstandslagen, in denen Missbrauchsmöglichkeiten seitens der Regierung sehr möglich sind, da sie von der Bevölkerung als politisch legitim wahrgenommen werden, müssen wir politische und rechtliche Veränderung mit großer Wachsamkeit wahrnehmen. Aus diesen Gründen scheint das realistische Modell keine praktikable Option zu sein.

b. Das kategorische Modell

Das kategorische Modell geht von der Annahme aus, dass das Gesetz sowohl in ordentlichen als auch außerordentlichen Zeiten gültig ist. In einem Notstand wird das Gesetz nicht erweitert oder modifiziert; weder ad hoc noch langfristig im Vorhinein. Das existierende Gesetz gilt, ohne dass die Exekutive oder Legislative besondere Vorkehrungen für Notlagen treffen darf. Die Existenz einer Notstandssituation rechtfertigt nicht, dass Gesetze gebrochen beziehungsweise Rechte aufgehoben werden können. Es ist, so gesehen, das genaue Spiegelbild vom realistischen Modell: während das realistische Modell meint, Recht hätte gar keine Relevanz, fordert das kategorische Modell absolute Gesetzestreue.

Auf der Metaebene leugnet dieses Modell, dass es ein Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit gibt; die Anforderung, dass der Staat seinen Bürgern Sicherheit bieten muss, bedeutet nicht, dass dabei unsere freiheitliche Rechtsordnung kompromittiert werden darf.

Dieses Modell wurde diesbezüglich scharf kritisiert, denn es sei entweder naiv oder heuchlerisch. Es gehört schließlich zur Natur von Politik, dass man manchmal Schlimmes tun muss, um noch viel Schlimmeres zu vermeiden. Wie Max Weber es einmal ausgedrückt hat:

“Wer mit der Politik, das heißt: mit Macht und Gewaltbarkeit als Mitteln, sich einlässt, mit diabolischen Mächten einen Pakt schließt, [weiß] dass für sein Handeln es *nicht* wahr ist: dass aus Gutem nur Gutes, aus Bösem nur Böses kommen könne, sondern oft das Gegenteil. Wer das nicht sieht, ist in der Tat politisch ein Kind.”²¹⁵

²¹⁵ Weber, „Politik als Beruf“

Wer als Politiker nicht bereit sei, in Notlagen Gesetze zu brechen, handelt nach Weber unverantwortlich, da er nicht nur sein Leben, sondern auch das seines Volkes aufs Spiel setzte. Wer so naiv sei, solle erst gar nicht in die Politik gehen.

Die andere Möglichkeit wäre, in Notlagen das Gesetz zu brechen und es hinterher nicht zugeben zu wollen. Man duldet eine Praxis, fördert ihr Fortbestehen und öffentlich leugnet man sie. Diese Option wäre heuchlerisch. Wer schließlich eine Handlung für notwendig hält, sollte auch bereit sein, sie in der Öffentlichkeit zu rechtfertigen

Es gibt verschiedene Entgegnungen zu diesen Kritiken. Zunächst kann man anführen, dass dem Gesetz zu folgen ist, da es einen kategorischen Charakter hat. Diesen Charakter kann man auf zwei Arten interpretieren. Zum einen kann man sagen, dass selbst unter größten Notständen gewisse Grundrechte innerhalb des Gesetzes nicht aufgehoben werden können, da sie *moralisch* unveräußerlich sind.

Zum anderen hat das Gesetz einen *kognitiven* Absolutheitscharakter, da es sämtliche Lagen vorhersehen: auch wenn das Gesetz manchmal an seine Grenzen stößt, hat es stets Mittel, auf die es zurückgreift, zum Beispiel durch Notstandsgesetze oder andere Vorkehrungen, die für vermeintlich außergewöhnlichen Zeiten angewendet werden können. Es gibt daher keine Situation, die es notwendig macht, dass die Exekutive außerhalb der Rechtsordnung gehen muss, um eine Krise zu bewältigen.

Geschichtsphilosophisch wurde diese kategorische Position vom französischen Philosophen Bernard Constant (1767-1830) angeführt. Dieser war einer der wenigen liberalen Denker, die an dem kategorischen Charakter des Gesetzes festhielten. Constant war der Ansicht, dass ein Rechtsstaat gerade in Gefahrenzeiten treuer denn je das Gesetz befolgen muss. Dies begründete er mit einer Art slippery Argument, nach dem die Regierung an den Gesetzen festhalten muss, da er sonst immer mehr zu einem Unrechtsstaat verkommen würde: "Es gibt ohne Zweifel für die Staaten Augenblicke der Gefahr, deren die ganze menschliche Klugheit nur mit Mühe Herr wird. Aber nicht durch Gewalt, nicht durch Unterdrückung der Gerechtigkeit lassen sich diese Gefahren beschwören. Sondern im Gegenteil dadurch, dass man sich umso gewissenhafter an die bestehenden Gesetze, an die schützenden Formen, die

vorbeugenden Sicherungen hält.... Jede gemässigte Regierung, jede Regierung, die sich auf Gesetzmässigkeit und Gerechtigkeit stützt, richtet sich durch jegliche Unterbrechung der Gerechtigkeit, durch jegliches Abweichen vom Gesetzmässigen zugrunde.“²¹⁶

Neben dem slippery-slope Argument hat Constant zwei weitere Gründe für seine rigorose Haltung. Erstens: wenn ein Rechtsstaat illegale Mittel anwendet, begibt er sich auf dasselbe Niveau seiner Gegner:

“Es gibt keine Entschuldigung für Mittel, die ohne Unterschied allen Absichten und allen Zielen dienen, und die, von ehrlichen Menschen gegen Räuber angerufen, mit der Autorität ehrlicher Männer und unter Berufung auf das öffentliche Wohl von diesen Räufern als gleiche Notausrede für sich in Anspruch genommen werden.“²¹⁷

Damit ergibt sich eine Ablehnung der realistischen Position, nach welcher im Kampf gegen die physische Existenz des Staates jedes Mittel Recht ist.

Zweitens bemerkt Constant, dass in der Bevölkerung Unruhe ausbrechen würde, wenn die Regierung zu oft von ihren Normen abweicht. Daher würden Notstandshandlungen ihren Zweck – nämlich für Sicherheit und Stabilität zu sorgen – konterkarieren.

Trotz der Wichtigkeit dieses Aspekts ist es mehr als zweifelhaft, dass eine solche Art von Gesetzestreue unter allen Umständen ausgeführt werden sollte. Wie wir bereits im ersten Teil der Arbeit festgestellt haben, ist es geradezu fanatisch, an kategorischen Imperativen festzuhalten, wenn eine Katastrophe bevorsteht. “Fiat iustitia, pereat mundus” kann keine realistische Maxime politischen Handelns sein. Daher fällt auch diese Option für den Umgang mit außergewöhnlichen Notlagen weg.

c. Das Kompromissmodell

Im Gegensatz zum kategorischen Modell erkennt das Kompromissmodell ein Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit an. Es versucht daher, das existierende Gesetz so zu modifizieren, dass der Staat sich in Notstandslagen

²¹⁶ Constant, „Über die Gewalt,“ Kap. 16 “Von der Wirkung gesetzeswidriger und despotischer Massnahmen in den rechtmässigen Regierungen”

²¹⁷ Ebenda.

behaupten und gleichzeitig dem Gesetz treu bleiben kann. Dieses Modell versucht durch Vorkehrungen *ex ante* die Rechtmäßigkeit von staatlichen Handlungen in Notstandslagen zu garantieren und durch gesetzliche Einschränkungen zu limitieren. Anders als das kategorische Modell geht das Kompromissmodell von der Annahme aus, dass die in Konflikt stehenden Werte von Sicherheit und Freiheit abgewogen werden müssen.²¹⁸

- Das Römische Modell

Als Prototyp gilt der des konstitutionellen Diktators in der Römischen Republik. Er ist nicht mit einer Diktatur im heutigen Sinne zu verwechseln, da er zum Ziel hat, den Machthabern möglichst viel Handlungsspielraum zu geben, jedoch bemüht ist, durch legislative Kontrolle diese Machtübertragung im Zaum zu halten. Das Römische Modell sah vor, dass der Senat seine zwei Konsuln bat, einen Diktator auf Zeit zu ernennen, der die Republik durch die Krise führt. Manchmal haben beide Konsuln einen ernannt; oft wurde auch per Losverfahren entschieden, wer die Ernennung vornehmen darf. Eine wichtige Einschränkung war, dass derjenige, der die Ernennung durchführte, sich nicht selbst zum Diktator ernennen konnte. Daraus folgte, dass die Konsuln nur jemanden ernennen würden, wenn es die Not wirklich gebot: schließlich

²¹⁸ Diese Abwägung kann verschiedene Formen annehmen: sie kann entweder durch die Judikative, Legislative oder Exekutive erfolgen: Wenn die Judikative versucht, dem Kompromissmodell zu folgen, wird sie dies durch Re-Interpretation des bestehenden Gesetzes tun. Die Gesetzeslage bleibt die gleiche, jedoch wird durch expansive Interpretation in Notstandslagen der Exekutive mehr Entscheidungsspielraum und Macht zugesprochen als dies in normalen Lagen der Fall wäre.

Wenn die Legislative versucht, einen Kompromiss zu erreichen, so versucht sie es, indem sie das bestehende Recht modifiziert. Wenn dies geschieht, wird vom Gesetzgeber anerkannt, dass das bestehende Recht nicht völlig ausreicht, um eine Krise zu bewältigen. Allerdings will man am bestehenden Recht bis zu einem gewissen Grade festhalten; andernfalls würde man nicht versuchen, das bestehende Recht zu ändern, sondern bemüht sein, es vollkommen zu ersetzen oder zu beseitigen. Die Rechtsordnung wird also größtmöglich beibehalten, jedoch werden gewisse Komponenten den Zeiten der Not angepasst.

Dieses Modell kann noch weiter unterteilt werden: die Legislative könnte diese Notstandsregelungen schon im Gesetz beinhalten, so dass in Zeiten der Not diese Gesetze angewendet würden. Wenn dies geschieht, würde das gewöhnliche Recht agieren, obwohl der Inhalt dieses Rechts außergewöhnlich ist. Alternativ könnte die Legislative auch Notstandsgesetze einführen, die die bestehenden Regelungen nicht erweitern, sondern temporär ersetzen. Diese könnten u.a. beinhalten, dass der Exekutive in solchen Situationen großer Handlungsspielraum zugesprochen wird. Dieser Typus unterscheidet sich vom vorherigen, insofern als dass er glaubt, die bestehenden Gesetze für die Bewältigung einer Krise seien nicht ausreichend und müssten daher ersetzt werden. Es ähnelt aber dem vorherigen Modell, da es einen Wert darin sieht, dass Notstände gesetzlich geregelt werden müssen.

Wenn die Exekutive zur Bewältigung einer Krise Macht frei nach ihrem Ermessensspielraum ausüben kann, sprechen wir von dem exekutiven Kompromissmodell. Manchmal geschieht dies, indem die anderen Gewalten der Exekutive ihre Macht temporär übertragen. Oft wird in Verfassungen angenommen, dass eine Machtübertragung nicht notwendig ist, da in der Rolle des Staatsoberhauptes die Möglichkeit der Prerogative, d.h. der Machtausübung in Krisenzeiten nach seinem Ermessen, im Vorhinein schon innewohnt. Vgl. Gross, S. 1064ff.

würden die Konsuln durch die Ernennung auf ihren eigenen Machtanspruch verzichten. Die zweite wichtige Einschränkung bestand darin, dass der Diktator nur sechs Monate sein Amt ausüben durfte. Eine Erneuerung des Mandats war ausgeschlossen. Es gab 90 Diktatoren in 300 Jahren, von denen kein einziger diese Regeln verletzte.

Der Diktator verfügte über große militärische und polizeiliche Macht. Allerdings bestanden auch hier einige Einschränkungen: so war sein Budget vom Senat finanziell abhängig; er konnte nicht über zivilrechtliche Angelegenheiten Recht sprechen; und, obgleich er die Aufgabe hatte, die Republik von inneren und äußeren Unruhen zu verteidigen, so hatte er nicht die Macht, Angriffskriege zu führen.²¹⁹

Das Römische Modell macht deutlich, warum das Kompromissmodell dem kategorischen Modell in vielerlei überlegen ist: anders als das kategorische Modell ist es in der Lage, die Gesetzgebungen den Gegebenheiten der Not anpassen zu können. Daher haben in der Philosophiegeschichte auch so unterschiedliche Denker, wie Niccolo Macchiavelli²²⁰ und Jean-Jacques Rousseau²²¹ das römische Modell gelobt.

²¹⁹ vgl. Rossiter, S. 15-28

²²⁰ In seinen „Discorsi“ (I, Kap. 34) schreibt Machiavelli: „In der Tat ist die Diktatur eine der römischen Institutionen, welche besondere Beachtung verdient; denn sie war eine der Ursachen der Größe des Imperiums. Ohne eine ähnliche Einrichtung übersteht ein Staatswesen nur schwer außergewöhnliche Ereignisse.“ Er begründete dieses Lob damit, dass in der Not die nötige Zeit fehle, um verfassungsmäßig zu reagieren. Es müssen ad-hoc Entscheidungen getroffen werden, die nicht voraussehbar sind. („Der gewöhnliche Gang der Geschäfte in den Freistaaten ist langsam; denn kein Rat, keine Behörde kann allein alles erledigen, in vielen Dingen brauchen sie sich gegenseitig. Durch den notwendigen Ausgleich der verschiedenen Willensrichtungen vergeht die Zeit, und so entsteht die größte Gefahr, wenn man einer Sache abhelfen soll, die keinen Zeitverlust erlaubt.“) Daher sei es gut, dass zumindest ein Modus im Vorhinein gefunden wurde, der flexibel genug ist, um im Fall der Fälle angewendet zu werden. Wie Macchiavelli empfiehlt: „Die Freistaaten müssen daher in ihren Verfassungen eine der Diktatur ähnliche Einrichtung haben. [...] Fehlt einem Freistaat eine solche Einrichtung, so ist es unausbleiblich, daß er entweder bei Aufrechterhaltung der Verfassung zugrunde geht oder, um nicht zugrunde zu gehen, die Verfassung brechen muß.“ Wie die meisten Denker zu dem Thema hat Machiavelli keinen Zweifel, dass der Staat in der Not reagieren wird – auch wenn das verfassungswidrige Handlungen zur Folge hätte. Denn Nichthandeln, wie manche Verfechter eines kategorischen Modells ignorieren, würde das Ende des Staates bedeuten. („Zusammenfassend möchte ich daher sagen, daß die Freistaaten, die in dringender Gefahr nicht zur Diktatur oder einer ähnlichen Machtbefugnis ihre Zuflucht nehmen, immer bei schweren Ereignissen zugrunde gehen.“) Machiavelli ist jedoch einer der wenigen Autoren, die es begrüßen, dass Notstandslagen innerhalb der Verfassung geregelt werden sollen. Nach seiner Staatsphilosophie wird „[e]in Freistaat...niemals vollkommen sein, wenn er nicht in seinen Gesetzen alles vorgesehen, für jedes Ereignis nicht die entsprechende Abhilfe festgelegt und die Art und Weise bestimmt hat, sie anzuwenden.“

²²¹ In der Tradition von Aristoteles sah Rousseau ein, dass Gesetze nicht für alle Eventualitäten vorsorgen können und es daher in Notsituationen zu gewissen Ausnahmefällen kommen muss: “Die Starrheit der Gesetze, die diese daran hindert, sich den Ereignissen anzupassen, macht sie unter Umständen verderblich und kann gerade durch sie in einer Krise den Untergang eines Staates

Was diesem Modell jedoch vorgehalten werden kann, ist, dass es, im Gegensatz zum kategorischen Modell, zu flexibel und prinzipienlos erscheint. Indem das Gesetz erweitert wird, bietet es den Machthabern Gelegenheiten, Notstandsregelungen zu missbrauchen.²²² Man muss nur an das Ende der Weimarer Republik denken, um einen Fall zu sehen, in dem Machthaber vorgaben, einen angeblichen Notstand durch Notstandsgesetzgebung zu bekämpfen, während sie in Wirklichkeit bemüht waren, auf verfassungsmäßigem Wege eine Diktatur zu etablieren.

Darüber hinaus kann man diesem Modell entgegenhalten, dass, sobald ein Notstand eintritt, weder die Legislative noch die Judikative etwas zum Schutze von Bürgerrechten unternehmen würde. Die Geschichte zumindest zeigt, dass diese wichtige Schutzpflicht oft nicht wahrgenommen wurde.²²³ Daher wäre es naiv zu glauben, dieses Modell wäre besser im Stande, Notsituationen zu regeln. Angesichts dieser Gefahren, die mit Gesetzesmodifikationen verbunden sind, wäre es eventuell besser, an den unflexiblen und vermeintlich utopischen Gesetzen festzuhalten.

Wie lässt sich das Kompromissmodell verteidigen? Zunächst einmal ist die Kritik, dass Gesetzesmodifikationen zu Missbräuchen der Exekutive führen, vor welchen die anderen Staatsgewalten das Individuum nicht schützen werden, eine *empirische*, keine *normative*. Das macht die Kritik nicht dadurch schlecht, jedoch falsifizierbar. Mit anderen Worten, ob diese Furcht wirklich eintreten wird, ist eine Frage, die man

herbeiführen. Die Ordnung und die Langwierigkeit der Formen verlangen eine Spanne Zeit, die die Umstände manchmal nicht zulassen. Tausend Fälle können eintreten, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat, und es ist höchst notwendig, vor auszusehen, daß man nicht alles voraussehen kann." Rousseau: „Der Gesellschaftsvertrag“, IV. Buch, Kap. 6. Dem römischen Modell entsprechend riet er, dass in Notlagen ein Herrscher temporär eingesetzt wird, der alles Notwendige unternehmen kann – mit der wichtigen Ausnahme selbst Gesetze erlassen zu können. Wer einen solchen Modus scheut, läuft Gefahr, Bedrohungen nicht rechtzeitig abwenden zu können. So schreibt Rousseau: Dieser Irrtum [aus Furcht keinen Diktator ernennen zu wollen] ließ sie [die Römer] große Fehler begehen. Ein solcher war es z.B., in der Catilina-Affäre keinen Diktator ernannt zu haben; denn da es nur noch um den Bereich der Stadt Rom selbst und höchstens noch um irgendeine Provinz Italiens ging, wäre es dem Diktator bei der unumschränkten Macht, die die Gesetze ihm gaben, ein leichtes gewesen, die Verschwörung zu zerstreuen [...]“ Ebenda.

²²² Auch Macchiavelli und Rousseau haben diese Gefahr gesehen. So schreibt Machiavelli (I, 34): „In einem Freistaat sollte nie etwas vorkommen, das die Anwendung ungesetzlicher Mittel nötig macht; denn wenn auch das ungesetzliche Mittel für den Augenblick vorteilhaft ist, so schadet doch das Beispiel. Die Gewohnheit aber, die Verfassung zu guten Zwecken zu brechen, bewirkt, daß man sie unter diesem Deckmantel dann auch zu schlechten bricht.“ Und Rousseau betont, dass es wichtig ist, dass das Amt zeitlich begrenzt ist: „Schließlich ist es wichtig, auf welche Art auch immer dieser bedeutende Auftrag erteilt wird, seine Dauer sehr kurz und ohne jede Verlängerungsmöglichkeit zu befristen. In den Krisen, in denen er erteilt wird, ist der Staat entweder bald zerstört oder gerettet, und wenn das zwingende Bedürfnis vorüber ist, wird die Diktatur tyrannisch oder leer.“ Ebenda.

²²³ Gross, S. 1029ff.

theoretisch prüfen kann und die sich als falsch erweisen könnte. Das Beispiel des römischen Modells, in dem es über 300 Jahre zu keinem Machtmissbrauch gekommen ist, lässt diese Furcht zumindest als nicht notwendig erscheinen.

Es gibt aber auch *normative* Gründe, warum das Kompromissmodell nicht nur nicht schlecht ist, sondern auch vorteilhaft sein könnte: im Gegensatz zum kategorischen Modell erkennt das Kompromissmodell die Realitäten der Zeit an. Anstatt das Unausweichliche zu leugnen oder ihm auszuweichen, versucht das Modell dieses mit rechtlichem Mittel zu konfrontieren. Indem es das tut, gibt er dem Staat genug Spielraum innerhalb der Verfassung, eine Krise zu bekämpfen und mutet ihm nicht zu, das Gesetz zu brechen.

Dass Krisen innerhalb der Verfassung bekämpft werden können, ist besonders wichtig, wenn der Staat es mit Krisen zu tun hat, die ein größeres Zeitfenster benötigen. Der Kampf gegen den Terrorismus, der wohl niemals ein festes Enddatum haben wird, ist ein prominentes Beispiel einer solchen langfristigen Krise. Wenn der Staat solche Krisen bekämpft, ist es nötig, dass er dies innerhalb der Verfassung tut und nicht außerhalb. Andernfalls könnte der Eindruck entstehen, dass der konstitutionelle Charakter des Staates Etikettenschwindel sei. Um diesem Eindruck zu entgehen, wäre das Kompromissmodell transparenter, da man wüsste, was der Staat in Zeiten der Krisen machen würde; es gäbe kein Gesetz, wie es im Buche steht und ein vollkommen anderes, wie es in der Praxis angewendet werden würde.²²⁴

Darüber hinaus wüsste man, bei welchen Stellen die Verantwortung liegt. Es ist leicht vorstellbar, dass sobald eine Krise naht, die Verantwortlichen fürchten, sich ihre "Hände schmutzig machen" zu müssen. Sie könnten dann unter Umständen die Entscheidungsgewalt nach unten delegieren und sobald ihre Subordinierten sich fehlerhaft oder erfolglos verhalten, ihnen die alleinige Schuld geben und ihre eigene leugnen.²²⁵ In einem Modell, in dem es ex ante klare Richtlinien und

²²⁴ Im Jüdischen Recht gibt es eine solche Trennung zwischen Law (wie es im Text steht) und law-as-applied (das Recht, wie es in der Praxis zu finden ist). Wie ich argumentieren werde, ist diese Trennung in der Regel keine wünschenswerte.

²²⁵ Eines von vielen Beispielen für dieses Phänomen wäre der Skandal um das Gefängnis Abu Ghraib, in dem amerikanische Soldaten Gefangene misshandelt haben. Hier gab es keine klaren Richtlinien; den Soldaten wurde der Eindruck vermittelt, dass ihre Vorgesetzten vieles tolerieren würden, sofern wichtige Informationen durch Folter erhalten werden könnten; und als Fälle von Folter ans Tageslicht

Verantwortlichkeiten gibt, würde es zu einem solchen Missbrauch eventuell gar nicht erst kommen. Schließlich würden durch Gesetze die Verantwortlichkeiten klar verteilt werden. So entstünde Transparenz, die es der Öffentlichkeit ermöglicht, dubiose Praktiken seitens der Regierung zu bewachen und zu kritisieren. Daher wäre dieses Modell eventuell auch normativ besser.²²⁶

In der Diskussion um die Legalisierung weicher Drogen oder von Abtreibungen wird ähnlich argumentiert. Hier begründet man die Vorteile der Legalisierung häufig dadurch, dass diese Praxis eventuell bedauerlich sei, man jedoch nicht davon ausgehen könne, dass man sie völlig beseitigen kann. Daher solle man sie legalisieren, damit größere Risiken (z.B. Nutzung von härteren Drogen durch Beschaffungskriminalität oder Vollzug der Abtreibung durch zwielichtige Gestalten ohne medizinische Ausbildung) nicht eintreten. Ferner, wenn eine gewisse rechtswidrige Praxis, wie z.B. Abtreibung, in großem Umfang vollzogen wird, aber es nicht strafbar bleibt, entsteht eine *de-facto* Legimitation der Praxis.²²⁷ Welches der Argumente man für eine gesetzliche Änderung auch anführt, sie haben immer die gleiche Struktur: wenn X geschieht und wir nichts dagegen tun können, wollen wir dann X nicht lieber in den Rechtsraum bringen, damit Y nicht geschieht? So gesehen, benutzt das Argument für das Kompromissmodell auch einen *slippery slope*, aber im Gegensatz zu den Kritikern führen die Überlegungen zu einer gegenteiligen Schlussfolgerung: da das slippery slope-Argument empirisch ist, d.h. es entweder wahr oder falsch sein kann, verwundert es nicht, dass es Überlegungen gibt, die für die jeweilig andere Schlussfolgerung sprechen. Ob es eine definitive Antwort gibt, in welche Richtung der *slope* führen wird, wenn es ihn überhaupt gibt, werde ich im nächsten Kapitel diskutieren.

kamen, die nicht dem Informationsgewinn dienten, sondern lediglich sadistische Zwecke befriedigten, haben die höheren Stellen gelehnet, überhaupt von Folterpraxis gewusst zu haben.

²²⁶ Dershowitz, „Tortured Reasoning“

²²⁷ So schreibt Isensee: „Der Fall (vom Brett des Karneades) ist so anormal, der Konflikt unausweichlich, dass die Ausnahme von der Strafbarkeit das allgemeine Rechtsbewusstsein nicht beeinträchtigen kann. Darin liegt ein Unterschied zur generell geregelten, weitgehenden Freistellung der Abtreibung. Das Bundesverfassungsgericht, das die strafrechtliche Bewehrung des Schwangerschaftsabbruchs in Ausnahmefällen lockern, aber seine Rechtswidrigkeit gewährleisten wollte, ist mit dieser Distinktion praktisch gescheitert. In der Rechtspraxis wie im allgemeinen Rechtsbewusstsein mutiert die Ausnahme von der Strafbarkeit zur neuen Regel der Rechtmäßigkeit.“ Isensee, S. 210.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass das slippery-slope Argument in beide Richtungen gehen kann: es kann das jeweilige Modell sowohl verteidigen als auch kritisieren. Dies wird in der Diskussion oft übersehen. Hier wird vor allem auf die Risiken hingewiesen, die mit möglichen Änderungen der bestehenden Gesetzesordnung entstehen könnten.²²⁸

Dennoch kann man als Fazit dem Kompromissmodell vorhalten, dass es zu flexibel und prinzipienlos ist, um *slippery slopes* zu verhindern. Die „check and balance“ ist nicht gegeben, da das Modell zu viel Vertrauen in die Regierenden steckt, vor allem in Zeiten von Krisen. Wenn man besorgt darüber ist, dass gerade in solchen Zeiten die Regierenden zu schnell Notstandsvorkehrungen durchsetzen werden²²⁹, scheint das Kompromissmodell, trotz seiner Vorteile gegenüber dem kategorischen Modell, nicht adäquat zu sein.

d. Das außergesetzliche Modell

Ein viertes, das außergesetzliche Modell umgeht diese Schwierigkeit. Es hält an den existierenden Gesetzen fest und erlaubt, dass diese unter besonderen Umständen von den verantwortlichen Kräften gebrochen werden. Diese müssten dann, *nachdem* die Krise bewältigt wurde, ihren Gesetzesbruch der Öffentlichkeit gestehen und versuchen, diese von der Rechtmäßigkeit ihres außerrechtlichen Handelns zu überzeugen. Denn es ist die Öffentlichkeit, die *ex post*, also nachdem die Tat begangen wurde, über diese ihr Urteil sprechen muss: die Öffentlichkeit kann das Handeln gutheißen und die Verantwortlichen freisprechen oder ihre Tat verurteilen und strafrechtlich verfolgen.

Indem eine Ratifizierung des Handelns *ex post* erfolgt, unterzieht sich der Handelnde einem erheblichen persönlichen Risiko, da er schließlich nicht weiß, welche Konsequenzen sein Handeln nach sich ziehen wird. Dem politisch Handelnden wird also kein Blankoscheck vom Volk ausgestellt. Ihm wird die Möglichkeit eingeräumt,

²²⁸ Dies verwundert nicht, sind Menschen doch von Natur verlustavers, d.h. Verluste sind für die menschliche Psyche doppelt so schwerwiegend wie Gewinne. Vgl. Kahnemann/ Tversky, „Prospect Theory“.

²²⁹ Für eine Diskussion, warum aus psychologischer Sicht die Regierung meistens überreagiert, siehe Gross, S. 1038

das Gesetz zu brechen. Allerdings muss er dafür gute Gründe anführen können und bereit sein, dafür hohe persönliche Kosten für sein Verhalten in Kauf zu nehmen.

Der Grund, warum wir das Recht nicht modifizieren wollen, liegt im *Symbolcharakter* des Rechts. Man kann zwar ohne weiteres anerkennen, dass das Gesetz in großen Notlagen gebrochen würde. Dennoch würde man eine Modifizierung kategorisch ablehnen, da die Werte, die im Gesetz deklariert werden, wie z.B. die Unantastbarkeit der Menschenwürde und die Gleichheit vorm Gesetz, eine nützliche Fiktion bilden. Wie der renommierte amerikanische Verfassungsrechtler Laurence Tribe es ausdrückte:

“Popular and institutional respect for constitutional structures and liberties, may be an even greater bulwark against tyranny than the textual provisions themselves.”²³⁰

Schließlich erinnert die Aufrechterhaltung dieser Werte daran, dass nicht alles, was politisch zur Sicherung des Staates notwendig ist, auch moralisch gerechtfertigt ist.²³¹ Demzufolge können Notstände keine Legitimation für die Verletzung von unveräußerlichen Grundrechten bieten. Es sollte keine „Normativität des Faktischen“²³² geben. Das Gesetz hat eine aspiratorische Funktion, indem es hervorhebt, welchen Werten unsere Gesellschaft verpflichtet sein will und welche Art von Zusammenleben es anstrebt. Eine Modifizierung bzw. Relativierung dieser Werte würde daher fatal sein für diese Funktion, weil es durch diese Einschränkungen die Verpflichtung des Staates, ein Rechtsstaat zu sein, fraglich erscheinen lässt.²³³ Bei einer Beibehaltung des kategorischen Modells würde die Differenzierung zwischen politisch Notwendigem auf der einen Seite und moralisch-rechtlich Richtigem auf der anderen Seite bestehen bleiben.

Somit versucht das außergesetzliche Modell die beiden Stärken der zwei vorigen Modelle zu vereinen: es hält an den existierenden Gesetzen fest, während es zur

²³⁰ Zitiert nach Gross, S. 1050f. Vgl. auch Schauer: „Resisting the inevitable is not to be desired because it will prevent the inevitable, but because it may be the best strategy for preventing what is less inevitable but more dangerous.“ Frederick Schauer, „May Officials Think Religiously?“ 27 W.M. & Mary L. Rev. 1075, (1986), S. 1084.

²³¹ Vgl. Diskussion um Differenzierungsmodell vgl. Nussbaum, unten S. 111, ebenso Schlink, S. 36; Vgl. Geis, „Lizenz zum Töten“, Die Zeit, ebenso Lindner, „Tragische Konflikte“, S.8, vgl. Archangelskij, S. 11ff.

²³² Jellinek, „Allgemeine Staatslehre“, S. 341.

²³³ Vgl. Waldron, Torture and Positive Law, S. 1739ff.

gleichen Zeit vorsieht, dass diese unter besonderen Umständen gebrochen werden können. Flexibilität ist also gegeben, ohne dass man den vermeintlichen gefährlichen Schritt unternehmen muss, die Gesetzeslage ex ante zu modifizieren. Dieses Modell geht wie das Kompromissmodell von der Annahme aus, dass Politiker in Zeiten der Not jedes Mittel anwenden werden, um die Sicherheit ihres Volkes zu gewährleisten.

aa. Lockes Theorie der Prerogative

Eine der einflussreichsten Theorien eines solchen Modells hat John Locke (1632-1704) entwickelt. Im 14. Kapitel des „Two Treatises of Government“ stellt er das bekannte Konzept der *Prerogative* vor, in dem er vorschlägt, dass im Falle eines Notstandes die Exekutive das Recht haben soll, in ihrem Ermessungsspielraum (also auch gegebenenfalls gegen das Gesetz) zum Wohle des Volkes zu handeln.²³⁴ Die Exekutive muss jedoch im Nachhinein, der Öffentlichkeit ihre Taten gestehen und sich vor dieser rechtfertigen.

In der Tradition von Aristoteles²³⁵ konstatiert Locke, dass das Gesetz zu allgemein ist, um auf alle Fälle anwendbar zu sein, da das Gesetz viele Eventualitäten nicht antizipieren kann. Ferner schreibt Locke, dass die Legislative zu langsam und ineffizient agiert, als dass sie im Falle eines Notstandes eine geeignete Autorität zum Handeln sei.²³⁶ Locke rät daher

“[m]any things there are, which Law can by no means provide for, and those must necessarily be left to the discretion of him, that has the Executive Power in his hands, to be ordered by him, as the public good and advantage shall require.”²³⁷

Die Befürwortung von weitreichenden Befugnissen für die Exekutive steht nicht im Gegensatz zu Lockes Liberalismus, nach dem der Staat möglichst wenig Macht haben darf. Nicht trotz seines, sondern gerade *wegen* seines Liberalismus unterstützt Locke

²³⁴ “This power to act according to discretion, for the public good, without the description of the Law, and sometimes even against it, is that which is called *Prerogative*.” S. 375.

²³⁵ Oben S. 60. Für eine Diskussion, wie das Konzept von “Billigkeit” sich in der Ideengeschichte von Aristoteles über Maimonides, Blackstone bis hin zu Dworkin entwickelt hat, siehe Noah Feldman, “Equity in History,” presented at the NYU Colloquium in Law, Philosophy, and Political Theory.

²³⁶ “[S]ince in some Governments the Law-making Power is not always in being, and is usually too numerous, and so too slow, for the dispatch requisite to Execution: and because also it is impossible to foresee, and so by laws to provide for, all Accidents and Necessities, that may concern the public; or to make such Laws, as will do no harm, if they are Executed with an inflexible rigour, on all occasions, and upon all Persons, that may come in their way, therefore there is a latitude left to the Executive power, to do many things of choice, which the Laws do not prescribe.” Locke, S. 375.

²³⁷ Ebenda.

außergesetzliche Gewaltbefugnisse für die Exekutive: wenn man an einem konstitutionellen Modell festhalten will, wäre die Alternative zur Prerogative, dem Staat nicht temporär, sondern permanent solche Befugnisse in der Verfassung zuzusprechen, wie es das Kompromissmodell verlangen würde. Doch hier sei die slippery slope-Gefahr zu groß. Locke bemerkt, dass in der Geschichte Englands es weise Fürsten gab, die in der Not prärogativ zu handeln wussten und abzudanken, wenn die Not beendet war. Jedoch kann eine solche prärogative Macht auch missbraucht werden, sobald ein Prinz die Herrschaft hat, der nicht zum Wohle des Volkes handelt, sondern schlechtere Motive hat.²³⁸ Aufgrund der Gefahr, einen Präzedenzfall zu etablieren, der von späteren machtgierigen Herrschern missbraucht werden könnte, sieht Locke davon ab, die Prerogative gesetzlich zu etablieren. Dies veranlasst Oren Gross zur Einschätzung, dass das Konzept der Prerogative ein genuin liberales ist:

„The liberal theory of emergency powers facilitated of more limited powers vested in the national government, for truly exceptional crises could be met by the use of those extralegal powers going beyond the strict lines of law. Such extralegal powers could not serve as precedents that would support the expansion of governmental powers in times of normalcy“.²³⁹

Doch auch Lockes Modell der Prerogative ist nicht völlig frei von der Gefahr eines slippery slopes: wie er selbst eingesteht, ist die größte Gefahr seines Vorschlages, dass der Machthaber seine Prerogativmacht nicht abgibt, wenn die Gefahr überwunden ist. Wenn dieses geschieht, rät Locke, dass das Volk das Recht hat zu rebellieren und die Herrschaft wieder zurückzugewinnen.²⁴⁰

²³⁸ Locke sieht die Gefahr eines slippery-slopes ein, wenn er schreibt: “For a good Prince, who is mindful of the trust put into his hands, and careful of the good of his People, cannot have too much *Prerogative*, that is, Power to do good: So a weak and ill Prince, who would claim that Power, which his Predecessors exercised without the direction of the Law, as a Prerogative belonging to him by Right of his Office, which he may exercise at his pleasure, to make or promote an Interest distinct from that of the public, gives the People an occasion, to claim their Right, and limit that Power, which, whilst it was exercised for their good, they were content and should be tacitly allowed... Such God-like Princes indeed have some Title to Arbitrary Power by that Argument,... because such Kings partake of his Wisdom and Goodness. Upon this is founded that saying, that the Reigns of good Princes have been always most dangerous to Liberties of their People. For when their Successors, managing the Government with different Thoughts, would draw the Actions of those good Rulers into Precedent, and make them the Standard of their *Prerogative*, as if what had been done only for the good of the People, was a right in them to do, for the harm of the People, if they so pleased; it has often occasioned Contest, and sometimes public Disorders, before the people could recover their original Right, and get that to be declared not to be *Prerogative*, which truly was never so...”

²³⁹ Gross, S. 1106, n. 403.

²⁴⁰ Der Vorschlag zur Rebellion war zur Zeit Lockes ein revolutionärer. Raymond Wacks, “Philosophy of Law: A Very Short Introduction,” (Oxford, Oxford University Press, 2006), S. 8.

bb. Kritik am Prerogative-Modell

Doch was ist, wenn das Volk niemals von rechtswidrigen Taten seiner Regierung erfährt? Schließlich gibt es in diesem Modell keine Instanz, die garantiert, dass der Machthaber seine politisch notwendige, jedoch rechtswidrige Tat der Öffentlichkeit gesteht. Leider gibt Locke keine Antwort für den Fall, dass der Machthaber dieses tun würde. Stattdessen nimmt er einfach an, dass er es stets tun wird, in dem Wissen, dass das Volk das Vertrauen in die politische Gewalt nicht verlieren wird, solange die Prerogative Erfolg hatte bzw. zum Wohle des Volkes ausgerichtet war.²⁴¹

Manchmal jedoch ist es schwer den Erfolg solcher Handlungen einzuschätzen. Gerade bei sehr langfristigen Konflikten, die eventuell gar kein Enddatum haben, wie der Kampf gegen den Terrorismus, scheint das Lockesche Modell der Prerogative ernsthafte Schwierigkeiten zu haben, da schwer auszumachen ist, wann der Ausnahmezustand aufhört und der Normalzustand wieder beginnt. Besonders in solch langfristigen Konflikten, weiß man nicht, ob eine bestimmte rechtswidrige Handlung den gewünschten Effekt hat. Die Tat, die wir heute am meisten verdammen, könnte sich langfristig als der größte Segen herausstellen und Taten, die wir heute loben, könnten sich als unser Verhängnis entpuppen. In unserer heutigen Zeit, in der der Staat immer präventiver vorgehen muss, macht sich dieses Dilemma besonders bemerkbar: schließlich weiß man nach einer präventiven Tat meistens nicht, ob das, was man verhindert hat, wirklich so schlimm gewesen wäre, hätte es sich ereignet.²⁴²

Dazu kommt noch ein erschwerender Faktor hinzu, was die Annahme zweifelhaft macht, ein Volk würde sich nachsichtig zeigen, solange der Politiker zum Wohle des Volkes gehandelt habe: unsere Bevölkerung ist generell misstrauisch gegenüber Politikern. Zu sehr sind wir an Berichte politischer Skandale erinnert²⁴³; obwohl dieses sicherlich die Ausnahmen sind, so sind dies die einzigen, von denen wir hören oder lesen; über vorbildliche politische Arbeit wird schließlich seltener bis gar nicht

²⁴¹ “This power whilst employed for the benefit of the Community, and suitably to the trust and ends of the Government, is *undoubted Prerogative*, and never is questioned. For the people are very seldom, or never scrupulous, or nice in the point: they are far from examining *Prerogative*, whilst it is any tolerable degree employed for the use it was meant; that is, for the good of the People, and not manifestly against it. But if there comes to be a *question* between the Executive Power and the People, *about* a thing claimed as a *Prerogative*; the tendency of the exercise of the exercise of such *Prerogative* to do good or hurt of the People, will easily decide the Question.” S. 375.

²⁴² Dershowitz, „Preemption“, S. 159.

²⁴³ Goldsmith, S.81.

berichtet. Ein gesundes Misstrauen gegenüber Politikern ist im Prinzip gut für eine wachsame Demokratie, allerdings erleichtert es nicht die Gewissensnot des Politikers, nach dem Lockeschen Modell der Prärogative zu handeln.

Vor diesem Hintergrund stellt sich folgende Frage: Warum würde ein Politiker seine ganze Karriere und Reputation aufs Spiel setzen und der Bevölkerung gestehen, was er zum Wohle des Volkes rechtswidriges gemacht hat – besonders dann, wenn sein Erfolg nicht ablesbar ist (oder schlimmer noch: seine Tat ein großer Misserfolg war) und die Bevölkerung ihm misstraut?²⁴⁴ Warum sollte er dem Locke'schen Modell folgen und auf retroaktive Entlastung hoffen, wenn er dabei alles zu verlieren hätte und fast nichts zu gewinnen?

(1) Max Weber und Verantwortungsethik

In seinem Vortrag „Politik als Beruf“ beantwortet Weber diese Frage damit, dass es schlicht und einfach zur Berufsethik des Politikers gehört. Weber nennt diese „Verantwortungsethik“. Hierbei muss der Politiker bereit sein, manchmal schlechte Mittel anzuwenden, um gute Absichten zu verwirklichen. In seiner Kritik an einer Kantschen „Gesinnungsethik“ bemerkt Weber über den Beruf des Politikers:

“Wer mit der Politik, das heißt: mit Macht und Gewalttätigkeit als Mitteln, sich einlässt, mit diabolischen Mächten einen Pakt schließt, [weiß] dass für sein Handeln es *nicht* wahr ist: dass aus Gutem nur Gutes, aus Bösem nur Böses kommen könne, sondern oft das Gegenteil. Wer das nicht sieht, ist in der Tat politisch ein Kind.”²⁴⁵

Wenn er diesen Pakt mit dem Bösen eingeht, muss der verantwortungsvolle Politiker jedoch bereit sein, persönlich die Kosten für sein Verhalten zu tragen. Ein wahrer „Verantwortungsethiker“ handelt auch in größter Rechtfertigungsnot und unter größtem, politischen Druck, wie es seine Pflicht verlangt. Auch wenn er hier nach Luther²⁴⁶ sagen muss, „Ich kann nicht anders, hier stehe ich.“

²⁴⁴ Goldsmith, S.69.

²⁴⁵ Oben S. 96

²⁴⁶ Auch wenn es nicht sicher überliefert ist, dass Luther in seiner Verteidigung auf dem Reichstage zu Worms am 18.April 1521 wörtlich diese Worte gesprochen hat; s. Brockhaus. KKL5 Bd.1 (1911), S. 803.

Doch wo liegt der Anreiz für den Politiker dies zu tun? Für Michael Walzer liegt er in dem bisschen, was der Politiker durch ein Eingeständnis gewinnen kann: sich von seiner moralischen Schuld zu befreien und sein Gewissen zu bereinigen.

(2) Michael Walzer und dirty hands

In seinem berühmten Aufsatz “Political Action: The Problem of Dirty Hands” macht Walzer darauf aufmerksam, dass ein Politiker vor folgendem Dilemma steht: er muss sich entscheiden zwischen der richtigen Handlung hinsichtlich der pragmatisch-politischen Notwendigkeit und ihrer moralischen Bewertung. Beide Pflichten, sowohl die politischen als auch die moralischen, behalten auch im Konfliktfall ihre Gültigkeit; keine Pflicht wird aufgehoben. Jedoch muss ein Politiker manchmal die erste Pflicht auf Kosten der letzteren befolgen (und in seltenen Fällen wird er die moralischen den politischen Pflichten überordnen). Dieses kann von tragischer Dimension für den Politiker sein.

Walzer illustriert diese Tragik am folgenden Beispiel: es ist nach Walzer vorstellbar, dass ein Politiker foltern lassen muss, um eine Katastrophe abzuwenden. Dies ist eventuell politisch das Richtige, dennoch wird der Politiker sich als moralischer Mensch dafür schuldig fühlen. Schließlich hat er moralische Prinzipien, an die er fest glaubt, unter diesen außergewöhnlichen Umständen verletzen müssen. Dies bedeutet nach Walzer “dirty hands” zu haben.²⁴⁷

Walzer betont, dass wir als Bürger solche Politiker haben wollen, denn an diesen Schuldgefühlen erkennt man ihre moralische Integrität. Unmoralische Politiker hingegen würden diese Schuld nicht fühlen, denn sie sähen kein moralisches Unrecht in ihrem Handeln. Sie würden, um die Metapher zu vollenden, “ihre Hände in Unschuld waschen” und behaupten, sie seien sauber. Es ist anzunehmen, dass ein moralischer Politiker mit dieser Schuld nicht einfach leben kann und sein Amt nicht ohne weiteres fortführen wird. Er würde vielmehr sein Handeln der Öffentlichkeit gestehen wollen und sie um Verständnis für dieses bitten.²⁴⁸

²⁴⁷ Walzer, Political Action, S. 166

²⁴⁸ Ebenda.

Aber auch Walzers Vorschlag drückt eher eine Hoffnung als einen stichhaltigen Nachweis dafür aus, wie wir als Bevölkerung im außergesetzlichen Modell jemals von den Missetaten unserer Regierung erfahren werden. Man muss also konstatieren, dass wir, im Gegensatz zum Kompromissmodell, nach diesem Modell über keine Instanz verfügen, mittels der wir den Regierenden auf die Finger schauen können. Wir stellen ihnen sozusagen einen Blankoscheck aus, über dessen Höhe wir niemals etwas erfahren werden. Somit ist die Exekutive schlußendlich der Souverän, denn er ist deskriptiv derjenige, „wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“²⁴⁹

Andererseits verfügt dieses Modells über einen großen Vorteil gegenüber dem Kompromissmodell: es hält nämlich die Sphären zwischen politisch Notwendigem und dem richtigen moralischen bzw. rechtlichen Handeln distinkt.

Implizit in Walzers Annahme, dass ein Politiker trotz richtigen politischen Handelns eine moralische Schuld trägt, für die er bürgen muss, liegt die These, dass die moralische-rechtliche und politische Sphäre distinkt sind.

(3) Martha Nussbaum und die Distinktheit der Sphären

Die Philosophin Martha Nussbaum hat hierfür eine sinnvolle Unterscheidung eingeführt: So unterscheidet sie zwischen der offensichtlichen (“obvious”) und tragischen (“tragic”) Fragestellung.²⁵⁰ Die offensichtliche Fragestellung fragt nach dem, was der Entscheidungsträger in der Notlage zu tun hat. Dies ist eine vornehmlich pragmatische Frage, in der man nach einer Lösung sucht, die das größte Gut der größten Anzahl von Menschen fördern soll – oder für einen liberalen Rechtsstaat typischer²⁵¹ – möglichst wenigen Menschen schaden wird.

Nachdem die Frage nach dem politisch richtigen Handeln geklärt wurde, ist an dieser Stelle die Diskussion in der Regel beendet. Manche nehmen an, dass dieses Handeln auch das moralisch-rechtlich Richtige ist²⁵²; andere wiederum glauben, die moralische Bewertung eines solchen Handelns sei ohnehin vollkommen irrelevant.²⁵³

²⁴⁹ Schmitt, „Politische Theologie“, S. 11

²⁵⁰ Nussbaum, „The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis,” 29 J. Legal Stud. 1005 (2000).

²⁵¹ vgl. Diskussion über Anti-Perfektionismus bei Kumm, S. 143f.

²⁵² vgl. Goldsmith, S. 82. Aber insofern *alles* Recht ist, was politisch notwendig ist, ist nichts mehr Recht.

²⁵³ vgl. Diskussion über das realistische Modell, oben S. 93

Die tragische Fragestellung nach Nussbaum geht hier einen Schritt weiter, indem sie das politisch richtige Handeln einer moralischen Bewertung unterzieht. Insofern das politisch richtige Handeln moralisch falsch sein kann, ergibt sich die Tragik, in die sich ein Politiker begeben kann. Diese hat bereits Walzer vor ihr beschrieben.

Der Grund, warum die Trennung der Sphären so wichtig ist, ist, dass eine Vermengung der beiden die Förderung der einzelnen Sphäre behindert. Unser Moral- und Rechtsverständnis kann nur aufrechterhalten werden und gedeihen, wenn es im Stande ist, zwischen Normativem und Faktischem zu trennen. Wer Moral und Recht vermischt, läuft Gefahr, etwas für moralisch zu halten, nur weil es Recht ist. Es handelt sich jedoch um zwei unterschiedliche Entitäten.²⁵⁴

Die Frage, die sich nun nach Walzers und Nussbaums Überlegungen stellt, ist, wie das politisch richtige, jedoch moralisch-rechtlich verwerfliche Verhalten des Politikers strafrechtlich bewertet werden soll. Das außergesetzliche Modell, welches an der Trennung zwischen politisch und moralisch bzw. rechtlich Richtigem festhält, beantwortet diese Frage auf unterschiedlichem Wege: entweder kann die Legislative das Verhalten der Exekutive ex post verteidigen, indem es das Verhalten in einem Einzelfall nicht ahndet oder Gesetze erlässt, die dem Handelnden Immunität gegen strafrechtliche oder zivile Klagen bietet. Schon die reine Tatsache, dass ein Politiker, nachdem er seine Gesetzesübertretung öffentlich zugibt, sein Amt nach Ende der Krise weiterhin ausüben darf, kann als ex post Entlastung angesehen werden.

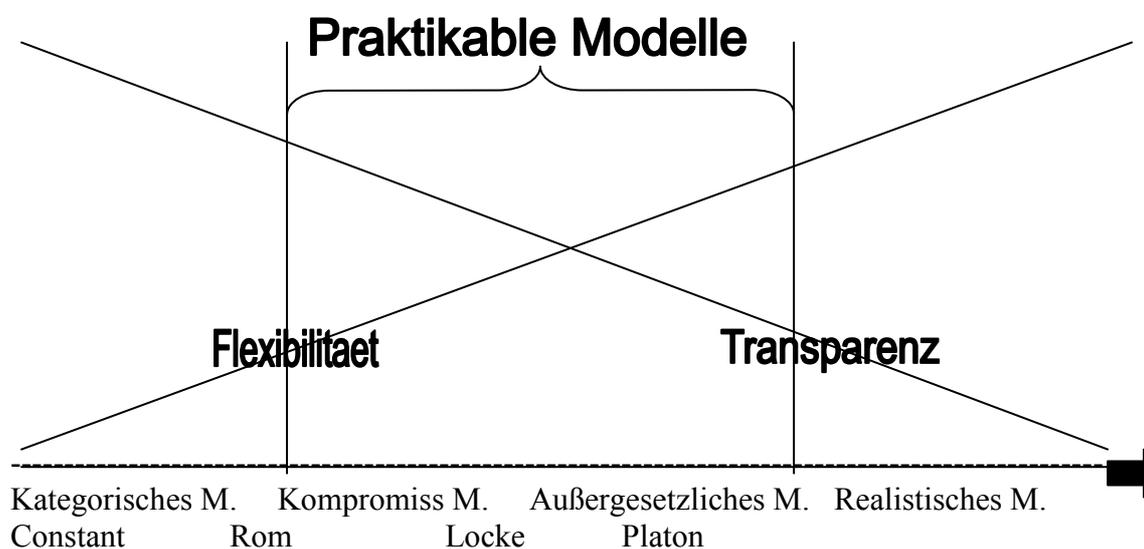
In den einzelnen Rechtsgebieten gibt es analoge Mechanismen: Im Strafrecht könnte die Staatsanwaltschaft von ihrem Handlungsspielraum Gebrauch machen und einen Fall gegen den gesetzesbrechenden Politiker fallen lassen. Wenn ein Politiker trotzdem angeklagt werden sollte, könnte sein Handeln vom Gericht als entschuldigt angesehen werden. Im amerikanischen Rechtssystem könnte eine Jury trotz überwältigender Beweislast den Angeklagten wegen schuldüberwiegender Überlegungen frei sprechen ("Jury nullification"). Wenn dieses nicht geschieht und jemand für seinen Gesetzesbruch von einem Gericht verurteilt wird, obwohl er vermeintlich gute Gründe dafür hatte, gibt es in vielen Ländern immer noch die

²⁵⁴ vgl. H.L.A. Hart „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ 71 Harvard Law Review 593

Institution des Straferlasses (“pardon”) und der Gnade (“clemency”), die meistens vom Präsidenten ausgeht.²⁵⁵

Wann solche Mechanismen angewendet werden sollen, um jemanden ex post freizusprechen, lässt sich nicht abstrakt beantworten; dies hängt von der Natur des Falles ab. Es ist jedoch wichtig anzumerken, dass es im außergesetzlichen Modell eine Reihe von Mechanismen und Institutionen gibt, die einem Gesetzesübertreter in verschiedenen Stadien der Rechtssprechung nachträglich zugute kommen können, auch wenn das Gesetz eine andere Sprache spricht.²⁵⁶ Die Frage ist jedoch, wann wir jemals – wenn überhaupt – wollen, dass unsere Gesetze eine andere Sprache sprechen. Schließlich leben wir in einem Rechtsstaat, der den Anspruch hat, dass Gesetze klar, öffentlich zugänglich und voraussehbar sind.²⁵⁷ Auch diese Frage lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern hängt vom einzelnen Fall ab.

Bevor ich die Überlegungen aus der oben vorgenommenen Typologie auf den Fall des Luftsicherheitsgesetzes übertrage, seien die wesentlichen Argumente graphisch zusammengefasst:



Erklärung: Im Graph sind die 4 Modelle nach Grad von Rechtsstaatlichkeit von links nach rechts angeordnet. Dabei wird deutlich, dass je größer die Transparenz (und damit Rechtsstaatlichkeit eines Modells), desto kleiner ist die Flexibilität, das Gesetz in einem Ausnahmezustand zu brechen. Ferner sind die Modelle nach Realitätsnähe abgegrenzt. Wie wir gesehen haben, ist das Kategorische Modell abzulehnen, da kein verantwortungsbewusster Politiker Gesetzestreue vor Überleben der Gemeinschaft stellen würde. Das andere Extrem – um ein Maximum an Flexibilität, keine Gesetze zu haben (Platon)

²⁵⁵ vgl. Schlink, S. 36.

²⁵⁶ Vgl. Gross, S. 1106-1115.

²⁵⁷ vgl. Lon Fuller, „The Morality of Law“.

– ist auch nicht in einer rechtsstaatlichen Demokratie realisierbar. Das Grundproblem der übrig gebliebenen Modelle ist nun, wann wir ein Kompromissmodell wollen, in dem Transparenz am größten ist oder dieses einem außergesetzlichen Modell bevorzugen, in dem Flexibilität ein Stück Transparenz geopfert wird. Das führt zur Eingangsfrage: unter welchem Bedingungen wollen wir etwas gesetzlich ex ante geregelt wissen und wann ziehen wir es vor, etwas ex post per Ermessensspielraum zu bewerten.

II. Das Bundesverfassungsurteil im Kontext

Will man die Typologie auf die verschiedenen Positionen in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz übertragen, so kann man folgende These anführen: keiner befürwortete das realistische Modell, nach dem das Recht völlig irrelevant ist. Das ist auch nicht überraschend; schließlich würde man mit einer solchen Meinung nicht ins Parlament einziehen können, geschweige denn zum Bundesverfassungsrichter ernannt werden. Der Versuch des Bundestags, den Katastrophenfall ex ante zu regeln, war Ausdruck eines Kompromissmodells; das Bundesverfassungsgericht propagierte zwar das kategorische Modell, nach dem der Abschuss kategorisch nicht verfassungskonform sein könne. Allerdings sprach sich das Gericht mittels der „Differenzierungstheorie“ der deutschen Notstandslehre dafür aus, dass der Täter entschuldigt würde. Somit befürwortete das Gericht *de facto* das außergesetzliche Modell. Wie ich argumentieren werde, hat ein solcher Weg Vor- und Nachteile, die ich im Anschluss diskutieren werde.

1. Der Bundestag und das Kompromissmodell

Dass der Bundestag bemüht war, mit seinem Gesetzesentwurf Rechtssicherheit in einer andernfalls verfassungswidrigen Extremlage zu schaffen, wird deutlich, wenn man sich die Gesetzesbegründung des damaligen Innenministers Schily vergegenwärtigt. Schily betonte:

„Es wäre unredlich und unverantwortlich, einer Erklärung gerade in diesem extremen Fall auszuweichen. In unserer Demokratie kann nur die Politik eine derart schwere Verantwortung übernehmen.“²⁵⁸

Schily appelliert an den Gedanken, dass Verantwortlichkeiten klar verteilt sein müssen und dass es in Notlagen die Aufgabe der Politik ist, sich die „Hände schmutzig zu machen.“²⁵⁹ Somit steht der Versuch, terroristische Anschläge aus der Luft gesetzlich ex ante zu bekämpfen, in der Tradition des Kompromissmodells. Das

²⁵⁸Deutscher Bundestag, 15. WP 89. Sitzung, 30.1.2004, S. 7883.

²⁵⁹vgl. Walzer, oben S. 109

momentane Gesetz würde nicht ausreichen, damit ein Soldat das mit Passagieren besetzte Flugzeug abschießen könne. Daher wird es modifiziert, damit der Staat sich in solchen Extremlagen behaupten könne, ohne dem Gesetz untreu werden zu müssen. Ferner wird durch das Gesetz staatliches Verhalten begrenzt, indem der Abschuss nur als ultima ratio-Maßnahme angeführt werden könne, nachdem alle anderen Maßnahmen erschöpft sind. Kritiker des Kompromissmodells wenden ein, dass das Modell zu flexibel und prinzipienlos ist, sofern es absolute Verbote, wie das Abwägungsverbot der Menschenwürde, einmal kompromittiert. Befürworter würden hingegen sagen, dass das Kompromissmodell das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit anerkennt und versucht, das eine mit dem anderem abzuwägen. Natürlich kann man diese Abwägung immer noch kritisieren, allerdings war der Prozess, der zu diesem Resultat führte, zutiefst demokratisch. Wie Huster bemerkte:

„[D]as Luftsicherheitsgesetz ist in einem parlamentarischen Verfahren, nach Diskussion und Abwägung zustande gekommen. Man mag diese Regelung dann immer noch für falsch halten, aber es ist schwerlich ein moralischer Skandal, wenn sich eine politische Mehrheit dafür entscheidet, dass es zulässig sein kann, das Leben der entführten Passagiere zu verkürzen, um eine viel größere Anzahl von Menschenleben zu retten. Vielmehr dürfte diese Entscheidung mit dem moralischen Empfinden vieler Bürger übereinstimmen.“²⁶⁰

Insofern ist das Kompromissmodell, was die demokratische Legitimation angeht, jedem anderen Modell überlegen. Aber es hat auch Nachteile, wie das Bundesverfassungsgerichtsurteil deutlich macht.

2. Das Bundesverfassungsgericht und das außergesetzliche Modell

Das Bundesverfassungsgericht erklärte das Luftsicherheitsgesetz für verfassungswidrig. Hierbei gab das Gericht vor, das Gesetz kategorisch abzulehnen. So schrieb das Gericht:

“[Es] ist...unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich wie die Besatzung und die Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs in einer für sie hoffnungslosen Lage befinden...vorsätzlich zu töten.”²⁶¹

²⁶⁰ Oben S. 16

²⁶¹ BvR 357/05 Abs. 130.

Mit dem ständigen Verweis auf die Menschenwürde und seiner moralisch kategorischen Rhetorik²⁶² entsteht der Eindruck, dass das Gericht das kategorische Modell propagieren würde. Auch die Worte des Gerichtes, dass nicht nur die Terroristen, sondern “[a]uch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme...greift, [die Passagiere] als Objekte [behandelt]” erinnert an Constants Behauptung, dass der Staat sich durch seinen Rechtsbruch auf das Niveau seiner Feinde begäbe.²⁶³ Die ständige Versicherung des Gerichts, dass Grundrechtseinschränkungen, die eine Verletzung der Menschenwürde beinhalten, nicht verfassungskonform sein können, stärkt das Bild eines kategorischen Rechtsmodells, welches sämtliche Abwägungen der Menschenwürde nicht anerkennt. Und wie bereits oben bemerkt,²⁶⁴ insofern die Menschenwürde „unantastbar“ ist und nicht bloß „unverletzlich“, stellt die Grundrechtsdogmatik um Art. 1 GG ein perfektes Beispiel für das kategorische Modell dar.

Wenn man aber die Fragestellung betrachtet, wie ein Abschuss im Realfall ex post beurteilt werden würde, könnte man zur Einschätzung kommen, dass das Gericht eher das außergesetzliche Modell bevorzugen würde. Schließlich suggeriert das Gericht, dass der Abschuss vom Blickwinkel des Strafrechtes entschuldigt werden könne.²⁶⁵ Man könnte diese Haltung als heuchlerisch bezeichnen. So schrieb Ladiges, es gehöre zu einer „Lebenslüge“ des Bundesverfassungsgerichts, „einerseits eine Menschenwürdeverletzung durch staatliches Handeln mit hehren Worten zu

²⁶² Vgl. Möller, S. 461 f.

²⁶³ So auch Hirsch, „Der Krieg gegen den Terror“ beginnt, unsere Rechtstraditionen und unsere Verfassung, unsere moralischen Maßstäbe und unser Gewissen, also uns selbst zu vergiften.“ ZRP 2004, S. 274. Merkel, „das alles legt eine beklemmende Einsicht nahe. Wenn die Garantiefunktion des Staates für den Bestand der gesamten Normenordnung bedroht ist, dann mag seine Verpflichtung auf die internen Maximen dieser Ordnung im Extremfall ihren Sinn verlieren. Das ist es, was der Begriff einer Exklusion aus den Grundrechten bezeichnet, und anders wird sich die Konsequenz des Gesetzes schwerlich bezeichnen lassen. So sind offenbar die Zeiten und die Bedrohungen geworden – und dies ist vielleicht die kälteste Botschaft des Luftsicherheitsgesetzes: dass sie staatliche Befugnisse erforderlich oder jedenfalls wirklich machen, für die es innerhalb der Prinzipien des Rechts keinen Ort, keinen Namen und keine Deckung mehr gibt.“

²⁶⁴ Oben S. 32f.

²⁶⁵ BvR 357/05 Abs. 130. Im amerikanischen Recht kam diese Frage besonders im Fall *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1944)) auf, in dem Justice Jackson auf diesen Punkt aufmerksam macht: „It would be impracticable and dangerous idealism to expect or insist that each specific military command in an area of probable operations will conform to conventional tests of constitutionality. When an area is so beset that it must be put under military control at all, the paramount consideration is that its measures be successful, rather than legal. The armed services must protect a society, not merely its Constitution.“ 323 U.S. 214, 244 (1944)

Nimmt man Jacksons Argumentation an, liegt der Raum für Ausnahmen nicht direkt in der Verfassung, sondern in der Struktur der Gewaltenteilung, nach der die Exekutive notfalls das Recht brechen kann.

beschwören und andererseits gerade diese Menschenwürdeverletzung aus praktischen Gründen hinzunehmen.²⁶⁶

Will man das Urteil jedoch verteidigen, so kann man behaupten, dass diese „Lebenslüge“ die Idee einer Rollenethik widerspiegelt. Die verschiedenen Gewalten im Staat haben verschiedene Pflichten: Richter haben nicht die Aufgabe, zu schreiben, was ein Politiker moralisch oder militärisch machen muss. Sie geben der Exekutive keine politischen Anweisungen, sondern sagen ihr nur, was das Recht ist. Wenn die Exekutive meint, sie müsse in einer Notlage das Recht brechen, dann solle sie dieses tun. Das ist wiederum, was *ihre* Rolle ist.

Das deutsche Strafrecht macht eine interessante dogmatische Unterscheidung in seiner Notstandslehre, die diese Art von Rollenethik ermöglicht: es unterscheidet zwischen einem rechtfertigenden und einem entschuldigenden Notstand. Diese Unterscheidung, die auch als „Differenzierungstheorie“²⁶⁷ bekannt ist, besagt, dass Notstandshandlungen keine einheitliche rechtliche Beurteilung haben. Es gibt welche, die von der Rechtsordnung gestattet sind (der rechtfertigende Notstand) und andere, die rechtswidrig sind, jedoch unter Umständen entschuldigt werden (der entschuldigende Notstand).²⁶⁸

Indem das Bundesverfassungsgericht schrieb, der Abschuss könne entschuldigt werden, bietet es dem Soldaten eine Option, nicht tatenlos dastehen zu müssen, während eine Katastrophe sich vollzieht. Dennoch wird die Rechtswidrigkeit seiner Handlung betont. Der Soldat kann handeln, dennoch muss er dafür die Verantwortung übernehmen, ob er die persönlichen und materiellen Konsequenzen für sein Handeln tragen möchte. Obgleich es wahrscheinlich ist, dass der Soldat für den Abschuss nicht

²⁶⁶ Ladiges, S. 352.

²⁶⁷ Hirsch, LK, § 34 StGB, Rn.1.

²⁶⁸ Dogmengeschichtlich ist die „Differenzierungstheorie“ Nachfolger der sog. „Einheitstheorie“, nach der sämtliche Notstände als einheitlich betrachtet wurden, weil sie nicht rechtswidrig seien. Sie seien unterschiedslos Rechtfertigungsgründe und die Fälle, die wir heute als „entschuldigend“ ansehen würden, sind einer staatlichen Bewertung entzogen: sie seien weder entschuldigt noch rechtmäßig, sondern unverboden.

Eine heutige Lehre, die dieser am nächsten kommt, ist die Lehre vom „rechtsfreien Raum.“ Auch im Kontext haben sich hierfür einige ausgesprochen, so z.B. Franz Josef Lindner, „Tragische Konflikte“, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15. Oktober 2004, S. 8; Wie ich oben, S.11 beschrieben habe, halte ich die Lehre vom rechtsfreien Raum aus mehreren Gründen für nicht geeignet. Daher wird auch hier ihre Alternative, die Lehre vom „entschuldigenden Notstand“ diskutiert.

bestraft würde, bliebe er rechtswidrig. Ob der Soldat als Krimineller gelten möchte und ob sein Gewissen es zuließe, dass er hunderte von Menschen getötet hat, ist eine Wahl, die auch das Gesetz ihm nicht abnehmen kann bzw. sollte. So schrieb Schlink:

„Das Gesetz kann nicht immer wiedergeben, was moralisch richtig ist, und es kann dies schon gar nicht, wenn, was moralisch richtig ist, problematisch ist. Gute Gesetze reduzieren den Konflikt zwischen Gesetz und Moral, sie können ihn aber nicht ausschließen. Auch wenn unsere Gesellschaft mehr und mehr Lebensbereiche und -aspekte vergesetzlicht und verrechtlicht hat, haben Gesetz und Recht ihre Grenze. An ihr ist das Verhalten zwar gesetzlich geregelt, steht aber auch noch unter anderen Anforderungen, die den Anforderungen des Rechts zuwiderlaufen können. An ihr kann es geschehen, dass das Recht aus einer Not, der das Gesetz nicht Rechnung trägt, oder um einer Liebe, eines religiösen Glaubens, einer moralischen Überzeugung oder einer großen Sache willen verletzt wird. Dann mag der Rechtsbruch Verständnis finden, vielleicht sogar Sympathie, vielleicht sogar moralischen Respekt. Der Richter mag milde bestrafen, und der Bundespräsident mag begnadigen. Aber das Verhalten bleibt Rechtsbruch (...).

Aber das Verständnis ist kein Grund, die Grenze des Rechts dahin zu verschieben, wo Leben und Würde quantifiziert, verrechnet und nach Kalkül geopfert werden, wo das Fundament preisgegeben wird, auf dem das Deutschland des Grundgesetzes angetreten und auf das es gegründet ist (...).

Situationen, in denen die Anforderungen des Rechts mit den Anforderungen des Herzens, Glaubens oder Gewissens in Konflikt geraten, lassen sich nicht völlig vermeiden. Die Gesellschaft kann nicht darauf verzichten, im Recht die Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens fest- und durchzusetzen. Der Einzelne kann nicht darauf verzichten, seinem Herzen, Glauben oder Gewissen ausnahmsweise mehr zu gehorchen als dem Recht. Damit ist die Möglichkeit des Konflikts eröffnet. Das Recht gäbe sich auf, wenn es dem Einzelnen den Konflikt ersparen, wenn es im Konflikt vor dem Einzelnen zurückweichen würde. Es muss vom Einzelnen verlangen, den Konflikt auszuhalten und eine Entscheidung zu treffen und zu verantworten. Es verwehrt ihm nicht die Hoffnung auf Verständnis, Milde oder Gnade. Aber es besteht darauf, dass er das Recht gebrochen und eine Sanktion zu gewärtigen hat. Das kann zu tragischen Ergebnissen führen. An der Grenze des Rechts haben die Konflikte und hat auch die Tragik ihren Ort. Sie gehören zu unserem Menschsein, und wir müssen mit ihnen leben.“²⁶⁹

Was bei Schlink deutlich wird, ist der Gedanke, den wir bereits bei Nussbaum als entscheidend für die Attraktivität des außergesetzlichen Modells erachtet haben: dass, nur weil etwas politisch oder militärisch notwendig ist, es daher noch lange nicht rechtlich oder moralisch gerechtfertigt ist. Die Differenzierung zwischen politisch-militärisch richtigem Handeln und moralisch-rechtlichem ist daher gegeben.

²⁶⁹ Schlink, S. 34f.

Das Gesetz hat eine aspiratorische Funktion, indem es darüber Ausdruck gibt, welchen Werten unsere Gesellschaft sich verpflichtet fühlt. Eine Relativierung dieser Werte könnte daher einen schädlichen Effekt auf die symbolische Kraft unserer Grundrechte haben.

Indem das außergesetzliche Modell hier die Option hat, das Gesetz nicht verändern zu müssen und gleichzeitig den Abschuss nicht bestrafen zu müssen, verbindet es die Stärken der anderen Modelle: wie das Kompromissmodell ermöglicht es Flexibilität, mit der der Staat agieren kann. Und ebenso wie das kategorische Modell kann es kategorisch an der „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde und anderen Fundamenten unserer Rechtsordnung festhalten.

Darüber hinaus kann man das Aristotelische Argument einbringen, dass das Recht einfach nicht für Ausnahmelagen zuständig sei. Es richtet sich nach dem Normalfall.²⁷⁰ Wenn das Recht einem daher in einer Ausnahmelage keine Orientierung bietet, ist das noch lange kein Grund, das Recht, welches sich in den meisten Fällen bewährt, deswegen zu ändern. So schrieb Hilgendorf:

„Das Recht regelt stets nur die gesellschaftliche Normallage. Den extremen Ausnahmefall kann und muss das Recht nicht regeln. Im Extremfall können Entscheidungen notwendig sein, die mit den Regeln der Normallage nicht vereinbar sind. Werden die Extremfälle verrechtlicht, so kann die ganze Rechtsordnung Schaden nehmen, weil im Extremfall möglicherweise Grundwerte und Grundprinzipien angetastet werden, die in der Normallage als unverfügbar gelten.“²⁷¹

Gleichzeitig ist das außergesetzliche Modell nicht gerade klar bzw. transparent – Eigenschaften, die wir normalerweise von Gesetzen in Rechtsstaaten erwarten.²⁷²

²⁷⁰ Für eine Kritik an dieser Rechtsvorstellung, siehe Lüderssen, Krieg gegen den Terror. Die Logik des Luftsicherheitsgesetzes, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18. Januar 2005, S. 37 ([Es „wäre...merkwürdig, wenn das Recht gerade dort, wo elementare Fragen von "Staat und Tod" (Gerd Roellecke) anstehen, einen Regelungsverzicht leisten, sich also vorhalten lassen müßte, daß es offenbar nur für die Lösung von Durchschnittsproblemen geeignet ist. Außerdem wäre die bewußte Entscheidung für Nichtregelung einigermaßen paradox. Das Verbot der Abwägung zuungunsten der unschuldig in den Konflikt geratenen Personen soll bestehenbleiben; es sollen auch keine Ausnahmen zugelassen werden, und doch will man schon jetzt wissen, daß im Ernstfall das Verbot übertreten wird. Ob dieses unaufgelöste Nebeneinander von Verbot und dessen anvisierter Nichtbeachtung eine heimliche Kreativität der Jurisprudenz signalisiert, was einige moderne Rechtstheoretiker eifrig behaupten, oder ein offenes Armutszeugnis darstellt, ist schwer zu entscheiden.“

²⁷¹ Hilgendorf, S. 587f.

²⁷² Vgl. Fuller, „The Morality of Law“.

Wie Isensee im Kontext des Bundesverfassungsgerichtsurteils zum Luftsicherheitsgesetz beklagt hat: In der gewollten Offenlassung, wie der Abschuss strafrechtlich bewertet werden würde, ist

„das Urteil mit seinen Lücken, Brüchen, seinen handwerklichen und moralischen Defekten [erst] plausibel. Dem Staat bleibt das schmutzige Geschäft erspart. Die Richter halten ihre Hände rein und ihre Ideale hoch. Doch hoffen sie insgesamt, dass, wenn es einmal ernst werden sollte, sich jemand finden werde, sich die eigenen Hände schmutzig zu machen und zu tun, was die allgemeine Not bietet. Der reine Rechtsstaat in der Oberwelt der Verfassung überlebt den Anschlag auf seine Existenz, weil in der Unterwelt, in die das Licht der eingriffssensiblen Jurisprudenz und der staatsallergischen Öffentlichkeit nicht dringt, verfassungsgebundene Kräfte für Sicherheit sorgen. Die rechtlichen Bedenken gegen einen gefährlichen Rettungsschlag erledigen sich mit dem Erfolg, wie es in Schillers „Wallenstein“ heisst: „Und wenn es glückt, so ist es auch verzieh.“ Doch wenn es nicht glückt? Der Glücklose verfällt der Härte des Gesetzes und der Ächtung einer gnadenlosen, pharisäischen Öffentlichkeit.

Im Flugzeug-Dilemma reißt Tragik auf, aus der die Beteiligten nicht moralisch unbeschädigt herauskommen. Der Rechtsstaat freilich versteht sich als Staat ohne Tragik. Er meint, die Möglichkeit von Tragik mit seiner allgemeinen Gesetzlichkeit und seinen Freiheitsgarantien überwunden zu haben, und ist schockiert, wenn er erfährt, dass sie sich nicht ohne Rest rechtlich ausmerzen lässt. Was er nicht verhindern kann, das sucht er wenigstens zu verdrängen und aus seinem System zu verbannen. Er gibt die Zuständigkeit für das Tragische an private Stellen weiter. Die mögen den gordischen Knoten entwirren – oder mit dem Schwerte zerhauen.“²⁷³

Warum, wenn überhaupt, ist dann Vagheit in dem Kontext von Strafrecht erwünscht?

3. Drei philosophische Begründungen zur Vagheit im außergesetzlichen Modell

a. Acoustic Separation

Der Rechtsphilosoph Meir Dan-Cohn hat hierauf eine Antwort gegeben. In seinem Aufsatz „Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law“ greift Dan-Cohn auf die von Jeremy Bentham getroffene Unterscheidung zwischen *conduct rules* und *decision rules*²⁷⁴ zurück. Während der erste Typ von

²⁷³ Isensee, S. 232f.

²⁷⁴ Bentham schrieb: “A law confining itself to the creation of an offence, and a law commanding a punishment to be administered in case of the commission of such as offence, are two distinct laws; not parts (as they seem to have been generally accounted hitherto) of one and the same law. The acts they command are altogether different; the persons they are addressed to are altogether different. Instance, *Let no man steal*; and, *Let the judge cause whoever is convicted of stealing to be hanged*.” Bentham, „An Introduction to the Principles of Morals and Legislation“, S. 302. Später bemerkt Bentham, dass sich die Grenzen zwischen diesen zwei Typen von Gesetzen nicht immer sauber unterscheiden lassen: “But though a simple law, and the punitive law attached to it, are so far distinct laws, that the former

Regeln an die allgemeine Öffentlichkeit gerichtet ist und dieser zur moralischen Orientierung dient, sind letztere an Richter und andere herrschende Gruppen gerichtet, die Regeln und Gesetze anwenden.²⁷⁵ Dan-Cohen entwickelt daraus ein Gedankenexperiment, welches er das „model of acoustic separation“ nennt. Dieses beschreibt er wie folgt:

„Imagine a universe consisting of two groups of people – the general public and officials. The general public engages in various kinds of conduct, while officials make decisions with respect to members of the general public. Imagine further that each of the two groups occupies a different, acoustically sealed chamber. This condition I shall call “acoustic separation.” Now think of the law as a set of normative messages directed to both groups. In such a universe, the law necessarily contains two sets of messages. One set is directed at the general public and provides guidelines for conduct. These guidelines are...“conduct rules.” The other set of messages is directed at the officials and provides guidelines for their decisions. These are “decision rules.”²⁷⁶

In einer solchen imaginären Welt, in der es eine „acoustic separation“ gibt und in der keine der beiden Seiten erfährt, was das jeweilige Gesetz der Gegenseite sagt, würden gewisse Dilemmata, die in der Realität auftreten, vermieden werden.

Nehmen wir den Fall im Luftsicherheitsgesetz: Dort ist es plausibel anzunehmen, dass man als „conduct rule“ die Regel aufstellen würde, dass es nicht erlaubt sei, die Passagiere zu töten, um das Leben der Menschen auf dem Boden zu retten. Und wenn es doch geschehe, könnten Richter durch ihre „decision rules“ die Person freisprechen. In der Wirklichkeit würden Richter eventuell vorsichtiger sein, ex ante zu garantieren, dass der Soldat für sein Handeln freigesprochen würde. Der Grund hierfür liegt darin, dass man sich vor Missbrauchsmöglichkeiten fürchtet, wenn es öffentlich bekannt würde, dass ein solcher „Massenmord“ nicht geahndet würde.

contains nothing of the latter, and the latter, in its direct tenor, contains nothing of the former; yet by *implication*, and that a necessary one, the punitory does involve and include the import of the simply imperative law to which it is appended. To say to the judge, *Cause to be hanged whoever in due form of law is convicted of stealing*, is though not a direct, yet as intelligible a way of intimidating to men in general that they must not steal, as to say to them directly, *Do not steal*: and one sees, how much more likely to be efficacious.” Bentham, S. 303.

²⁷⁵ Wie so viele rechtsphilosophischen Ideen findet sich auch diese bereits im Talmud wieder. Laut David Daube, “There came a period in Talmudic law when it was assumed that the Bible had two separate statutes for each crime, one to prohibit it and one to lay down the penalty.” David Daube, “Forms of Roman Legislation,” zitiert nach: Meir Dan-Cohen, „Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law,“ Harvard Law Review, Vol. 97, no. 3, S. 626.

²⁷⁶ Dan-Cohen, „Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law“, Harvard Law Review, Vol. 97, no. 3, S. 630.

In der imaginären Welt hat man dieses Problem nicht, denn dort würde das Volk durch die „acoustic separation“ nicht erfahren, was die „decision rules“ der Richter sind. Die „conduct rules“ hätten immer noch eine abschreckende Wirkung, insofern keiner absichtlich eine Straftat begehen kann in der Hoffnung, dafür freigesprochen zu werden. Und die „decision rules“ können auf dem Mitgefühl der Richter basieren, ohne dass diese fürchten müssen, einen slippery slope damit auszulösen.

Nun gibt es in der wirklichen Welt keine „acoustic separation.“ Jede Seite weiß mehr oder weniger, was die andere Seite macht; es ist schwierig, etwas vom Volk geheim zu halten und sogar noch schwieriger, wenn ein Bürger versucht, etwas dem Staat zu verheimlichen. Angesichts unseres demokratischen Rechtsstaatscharakters ist diese Tatsache begrüßenswert.

Dennoch gibt es Elemente in unserer Rechtsprechung, die relativ vage gehalten sind. So weiß man, um das Beispiel des Notstandes fortzuführen, nicht im Vorhinein, welche Taten als „gerechtfertigt“ oder „entschuldigt“ angesehen werden. Im Kontext des Lebensnotstandes erscheint dieses vorteilhaft. Dan-Cohn schreibt:

“Far from being a defect, the failure of the rules to communicate to the public a clear and precise normative message is, in light of the policies underlying the defenses, a virtue. These policies do not require that the availability of the defenses be generally known; indeed, in many cases they require that the availability of the defenses *not* be known.”²⁷⁷

Diese „underlying policies“ sind, dass der Einzelne nicht wissen soll, ob sein rechtswidriges Handeln akzeptabel ist oder nicht. Der Staat will keine falschen Anreize geben und slippery slopes Tür und Tor öffnen. Daher formuliert er die Möglichkeit eines Freispruchs in solchen Fällen äußerst vage.²⁷⁸ Vagheit im Gesetz ist also nicht notwendigerweise unrechtsstaatlich, sondern hat eine wichtige Funktion, um slippery slopes zu verhindern.

²⁷⁷ Dan-Cohen, S.639.

²⁷⁸ „As long as the standard for a particular defense is sufficiently vague, and the body of decisions interpreting the standard sufficiently broad and varied, the danger that the defense will seriously modify individual behavior governed by the various conduct rules of the criminal law is reduced.” Dan-Cohen S. 640.

b. Judicial Minimalism

Darüber hinaus gibt es einen weiteren Grund, warum das Bundesverfassungsgericht gut beraten war, vieles in seinem Urteil unklar zu lassen. Zunächst einmal wissen wir nicht immer *ex ante*, welche Handlungen uns *ex post* als angemessen erscheinen würden. Das hat damit zu tun, dass Gesetze klare Grenzen ziehen müssen, wo in der Wirklichkeit ein Kontinuum liegt. Gesetze können nicht alle Eventualitäten vorhersehen. Gesetze reagieren auf tatsächliche Ereignisse, die Regelungen nötig erscheinen lassen; sie werden nicht aus Abstraktion erlassen.²⁷⁹ Daher ist es verständlich, dass das Gericht nicht abstrakt die schwierige Frage beantworten wollte, ob und unter welchen Bedingungen es eine Solidaritätspflicht des Individuums gibt, nach der es zum Wohle des Gemeinwohles geopfert werden dürfe.

Rechtstheoretisch hat diese Haltung enorme Vorteile. So entwickelte Cass Sunstein die Theorie des „judicial minimalism.“²⁸⁰ Nach dieser ist es ratsam für ein Gericht, fundamentale Fragen von Fall zu Fall zu entscheiden statt ein für allemal eine definitive Antwort zu geben. Das hat für Sunstein zwei große Vorteile: zum einen den schon erwähnten, dass Richter nicht in der Lage sind, alle Eventualitäten zu antizipieren. Wenn daher heute keine definitiven Antworten gegeben werden, dann ist ein Gericht auch in der Zukunft in der Lage, flexibel und kontextgerecht zu entscheiden. Zum anderen ist nach Sunstein „judicial minimalism“ auch aus politisch-philosophischen Gründen attraktiv: indem das Gericht sich vom Beantworten fundamentaler Fragen zurückzieht, überlässt es das Suchen nach diesen Antworten dem politischen Prozess, d.h. dem Volk und in seinem Namen der Legislative.

Sunsteins Theorie bietet interessante Analogien und Disanalogien für unseren Kontext: was das Thema einer möglichen Solidaritätspflicht angeht, so hat das Gericht wohl richtig gelegen, diese fundamentale Frage nicht zu beantworten. Aus pragmatischen Gründen macht es wenig Sinn, solche Fragen zu beantworten. Schließlich gibt es dafür weder eine politische noch rechtliche Notwendigkeit. Und da weder das Volk noch das Parlament diese Frage debattiert hat, wäre es aus politisch-

²⁷⁹ vgl. Dershowitz, „Rights from Wrongs“.

²⁸⁰ Sunstein, „One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court“, (Cambridge, Harvard University Press, 1999); Ders., „Incompletely Theorized Agreements“, 108 Harv. L. Rev. 1733, S. 1739f. (1995).

philosophischen Gründen nicht wünschenswert, dass das Gericht eine solche abstrakte Frage beantwortet. Dies ist schlicht und einfach nicht die Aufgabe des Gerichts.

Für den Kontext der strafrechtlichen Beurteilung gilt dieses jedoch nicht. Schließlich ist die Frage, wie ein Abschuss strafrechtlich bewertet wird, eine sehr konkrete. Dieser Fall ist in der Wirklichkeit vorgekommen. Dadurch handelt es sich trotz unwahrscheinlichen Auftretens nicht um eine philosophische, abstrakte Fragestellung. Ferner hat der politische Prozess diese Frage erörtert und durch den Erlass des Luftsicherheitsgesetzes diese für sich entschieden. Will man daher Sunsteins Theorie auf den Kontext der strafrechtlichen Bewertung des Abschusses übertragen, so ist es nicht verständlich, warum das Gericht nicht eine definitive Bewertung vornehmen will. Welche Gründe hätte das Gericht, eine solch agnostische Haltung bezüglich einer ex ante-Bewertung des Abschusses einzunehmen?

c. Malum-Prohibitum/Malum In Se

Zur Beantwortung dieser Frage ist es nützlich, wenn man sich die klassische Unterscheidung zwischen „malum prohibitum“ und „malum in se“ vergegenwärtigt. Ein „malum prohibitum“ ist ein gesetzliches Verbot, welches uns eine Handlung untersagt, die wir vor dem Verbot machen konnten: z.B. das Parken in einer Wohnsiedlung. Vor Wochen durften wir es noch, aber nachdem die Stadt ein Gesetz erließ, dass nur noch Anwohner hier parken dürfen, dürfen wir es nicht mehr. Ein „malum in se“ hingegen ist ein Verbot, welches eine Handlung untersagt, die grundsätzlich nicht erlaubt ist – ob es das positive Recht erlauben würde oder nicht. Ein Mordverbot z.B. stellt nicht etwas unter Strafe, was vorher noch in Ordnung war, sondern spezifiziert lediglich etwas, das schon die ganze Zeit verboten war.²⁸¹

Wendet man diese Unterscheidung auf das Phänomen von Vagheit an, lässt sich folgendes sagen: der Gesetzgeber sollte natürlich bei den Rechtswidrigkeiten, die „mala prohibita“ sind, so klar wie möglich sein. Ob die Höchstgeschwindigkeit auf Landstraßen bei 100km/h liegt oder 110km/h muss dem Bürger bekannt sein, damit er sich danach richten kann. Aber das gilt nicht für die Verbote, die „mala in se“ sind. Der Staat hat somit keine Verpflichtung dem Bürger zu sagen, in welchem Ausmaß

²⁸¹ vgl. Waldron, S. 1691.

jemand seine Ehefrau schlagen „darf“ und in diesem Rahmen schuldlos bleibt oder welche Fälle von Tötung noch als Selbstverteidigung ausgelegt werden können. Der Bürger soll sich nicht danach richten, weil er sich erst gar nicht in solche Gelegenheiten begeben sollte.

4. Weiterführende Gedanken/ Konklusion

Während dieses Plädoyer für Vagheit im Strafrecht überzeugen mag, so muss die Bewertung dessen ungeachtet anders ausfallen, wenn wir es mit staatlichem Verhalten zu tun haben: Staatliches Handeln kann sich nicht auf strafrechtliche Dogmen berufen, sondern muss auf einer Ermächtigungsgrundlage basieren. Schließlich handelt es sich bei staatlichen Entscheidungsträgern nicht um „noch einmal davongekommen[e] Straftäter“,²⁸² sondern um politische Verantwortungsträger, die eine friedenssichernde Funktion haben und in dieser klar begrenzte Machtansprüche und -grenzen genießen. Bürger haben ein Recht zu wissen, was der Staat in ihrem Namen macht.

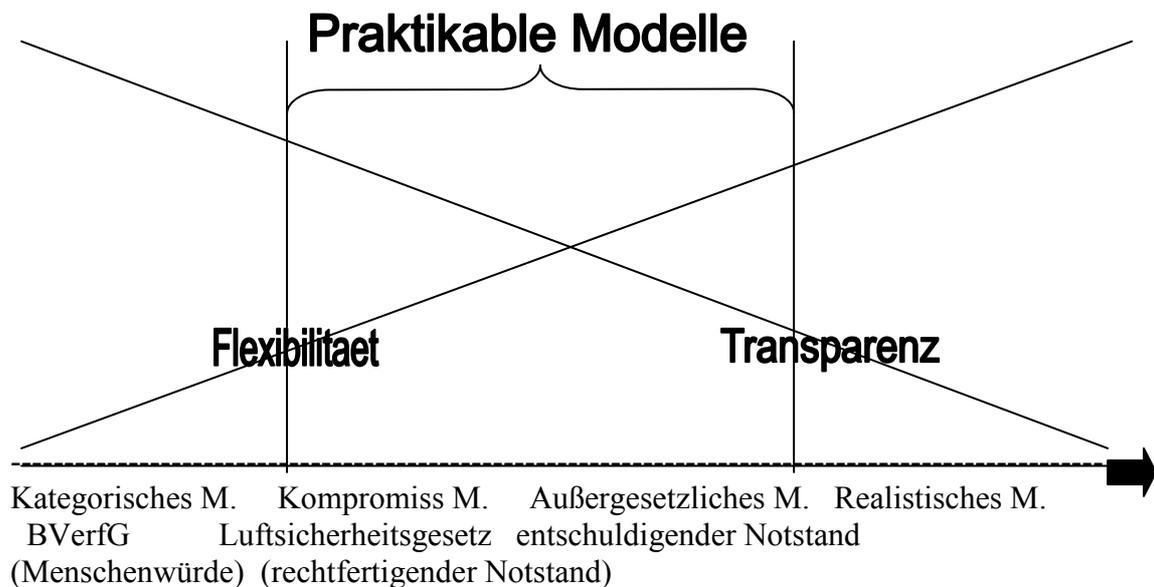
Zwar bietet das Kompromissmodell Missbrauchsmöglichkeiten, indem es den Machthabern neue Machtbefugnisse zuspricht, aber das gleiche gilt auch für das außergesetzliche Modell: indem der Verantwortungsträger das Gesetz umgehen muss, um für das Gemeinwohl zu handeln, laufen wir Gefahr, niemals zu erfahren, wann und wie oft dieser Gesetzesbruch vollzogen wird. Wir können nicht einfach darauf hoffen, dass ein „verantwortungsethischer Politiker“ uns seine rechtswidrigen Taten gesteht und uns um Nachsicht bittet. Da wir über keine Kontrollmöglichkeiten verfügen, die staatliches Handeln in Notlagen begrenzt, leben wir *de facto* in einer „acoustic separation.“²⁸³ Dennoch ist es nicht zu leugnen, dass wir nicht alles, was wir als politisch und militärisch notwendig empfinden, zur Grundlage neuer Gesetze machen wollen – besonders dann nicht, wenn es sich um so seltene Fälle, wie den einer Flugzeugentführung handelt.²⁸⁴ Das könnte ebenfalls zu einem slippery slope führen.

²⁸² Gjemulla, S. 372.

²⁸³ vgl. Goldsmith, oben S. 119

²⁸⁴ So z. B. Welding, „Ist das Luftsicherheitsgesetz fragwürdig?“, RuP 2005, S. 167.

Die ausführliche Diskussion um die vermeintlichen Vorteile von Vagheit im außergesetzlichen Modell konnte nicht eindeutig entscheiden, ob das außergesetzliche Modell oder doch das Kompromissmodell das bessere für den Fall des Luftsicherheitsgesetzes ist. Missbrauchsgefahren bestehen in beide Richtungen. Beide Modelle haben ihre Kosten, wie der aktualisierte Graph erinnert:



Was in der Diskussion wiederholt zum Ausdruck kommt, ist, dass vieles zur Beantwortung dieser Frage von der Stärke des *slippery slope* Argumentes abhängig ist. Schließlich beruht das Gedankenspiel einer „acoustic separation“ – einer Extremform des außergesetzlichen Modells – auf der Idee, dass Missbrauchsmöglichkeiten vermieden werden sollen, indem der Öffentlichkeit rechtswidriges Handeln niemals als tolerabel vermittelt wird. Das Recht bleibt was es ist und wenn es jemand in Extremfällen bricht, wird darüber im Nachhinein entschieden werden müssen. Das Kompromissmodell hingegen sah keine Lösung darin, diesen slippery slope zu vereiteln: wenn die Öffentlichkeit nicht genau weiß, was ihre Regierung tut, hat sie auch keine Möglichkeit rechtswidriges Verhalten seitens des Staates zu begrenzen. Welche der beiden slippery slope-Befürchtungen im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes am überzeugendsten ist, wird im nächsten Kapitel ermittelt. Erst im Anschluss kann man die Frage analysieren, welches rechtstheoretische Modell das geeignetere ist.

III. Slippery Slopes

1. Einführung des Problems

Wie wir in den vorigen Kapiteln mehrmals betrachtet haben, hängt die Frage, ob das Kompromiss- oder das außergesetzliche Modell besser geeignet ist, um mit Notsituationen umzugehen, wesentlich von der Frage ab, wessen Seite hinsichtlich ihrer slippery-slope Befürchtungen Recht hat. Wir erinnern uns: dem Kompromissmodell wurde vorgeworfen, es sei zu flexibel und prinzipienlos. Indem es bereit ist, gewisse Grundwerte zu kompromittieren, verletzt es die Integrität unserer Rechtsordnung, so die Kritiker, die das außergesetzliche Modell befürworten. Dem wiederum wird entgegengehalten, dass es zu sehr den Verantwortungsträgern in Notlagen vertraut und nicht im Stande ist, außergesetzliches Handeln in irgendeiner Form zu bändigen. Es mangle dem Modell an einer Kontrollinstanz. Und indem es toleriert, dass das Recht ohne Transparenz gebrochen wird, kompromittiert das Modell die Integrität des Rechtssystems nicht weniger als das Kompromissmodell.

In all diesen Argumenten verbirgt sich die Befürchtung eines slippery slope: Die Furcht, dass ein Mechanismus in Kraft gesetzt wird, der zu einem Dambruch führt.²⁸⁵ Diese Befürchtung ist eine empirische, d.h. ihr Wahrheitsgehalt kann überprüft, d.h. falsifiziert²⁸⁶ werden. Im Folgenden werde ich versuchen, dieses zu tun, damit wir abschließend die Frage diskutieren können, welches Modell für das Szenario des Luftsicherheitsgesetzes am geeignetsten ist.

Das Argument vom slippery slope²⁸⁷ wurde in der Debatte über das Luftsicherheitsgesetz oftmals benutzt. So hat zum Beispiel Martin Klingst in der ZEIT geschrieben:

²⁸⁵ Um genau zu sein: beim slippery slope handelt es sich um einen Entwicklungsprozess, während es sich beim Dambruch um einen Endpunkt handelt, den es zu vermeiden gilt. Ich werde aber slippery slope im Folgenden synonym mit der Bedeutung des Dambruchs benutzen. Im Deutschen wird slippery slope auch als Argument der „schiefen Ebene“ bezeichnet.

²⁸⁶ Popper, „Logik der Forschung“.

²⁸⁷ Für Literatur zu slippery slopes, siehe nur Volokh, „The Mechanisms of the Slippery Slope“, 116 Harvard Law Review 1026 (2003), Schauer, „Slippery Slopes“, 99 Harv. L. Rev. 361 (1985); Lode, „Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning“ Cal. L. Rev., 1469 (1999), Rizzo & Whitman, „The Camel’s Nose Is in the Tent: Rules, Theories, and Slippery Slopes“, 51 UCLA Law Review, 539 (2003), Lamb, „Down the Slippery Slope: Arguing in Applied Ethics“, Govier, „What’s Wrong with Slippery Slope Arguments?“, 12 Canadian Journal of Philosophy 303 (1982), Holtug, „Human Gene Therapy: Down the Slippery Slope?“, 7 Bioethics 402 (1993), Walton, „Slippery Slope Arguments“, Mayo, „The Role of Slippery Slope Arguments in Public Policy Debates“, Phil. Exchange 81 (1990-91), van der Burg, „The Slippery Slope Argument“, 102 Ethics 42 (1992), Whitman, „The Many

„[W]enn man sich vorstellt, was passiert wäre, hätten die Richter nicht so eindeutig geurteilt, hätten sie schwammiger und zweifelnder gesprochen: Die verheerenden Debatten über die Relativität menschlichen Lebens und die Bedingtheit der menschlichen Würde, über den Schutz des Embryos und das absolute Folterverbot wären nicht mehr einzufangen. Ungeborenes Leben könnte so eines Tages für Heilungszwecke »geopfert« werden, und plötzlich hätten auch diejenigen ein rechtliches Argument in der Hand, die schon immer einem Verdächtigen Daumenschrauben anlegen wollten.²⁸⁸

Auch Bernhard Schlink hat gegen das Luftsicherheitsgesetz argumentiert, indem er davor warnte, dass damit der Weg für Folter geebnet würde:

“Mit ähnlichen Szenarien und derselben Logik wird auch für die Zulässigkeit der Folter gestritten. Wenn befürchtet werden muss, dass ein Terrorist eine Bombe gelegt hat, die Hunderte oder Tausende bedroht, und wenn er zwar gefasst wurde, aber nicht sagt, wie die Bombe zu lokalisieren und zu entschärfen sei, soll mit seiner Folter die Würde eines Menschen geopfert werden, um Würde und Leben vieler zu retten... Aber der Anfang, den das Luftsicherheitsgesetz mit dem Verrechnen von Leben gegen Leben, mit der Preisgabe von Würde für Leben macht, hat weitreichende Konsequenzen. Auf dem Weg, den das Luftsicherheitsgesetz einschlägt, darf dann auch über Folter und über Stammzellen- und Embryonenforschung neu und radikal anders nachgedacht werden.”²⁸⁹

Leider hat sich kaum jemand die Frage gestellt: Ist das wirklich so? Warum würde das Aufrechterhalten des Luftsicherheitsgesetzes zu einer Lockerung des Folterverbotes führen? Welche Mechanismen bestehen, wenn überhaupt, zwischen diesem Punkt A (das Aufrechterhalten des Luftsicherheitsgesetzes) und Punkt B (Lockerung des Folterverbotes), die einen solchen slippery slope ermöglichen?

Guisen of the Slippery Slope Argument“, 20 *Social Theory and Practice* 85 (1994), Williams, „Which Slopes are Slippery?“, Enoch, „Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You’re on a Very Slippery Slope“, 21 *Oxford J. Legal Stud.* 629, (2001), Guckes: „Das Argument der schiefen Ebene“.

²⁸⁸ Klingst, „Nur das Leben zählt“, *Die Zeit* vom 16. Februar 2006.

²⁸⁹ Schlink, S. 34-35. So auch vgl. Bittner, „Wenn die Bundeswehr nach geltender Verfassungslage sogar ein Zivilflugzeug abschießen darf, darf sie dann nicht erst recht bei Bedarf durch die Straßen patrouillieren? Ebenso Höfling/Augsberg, S. 1088: „Einem Staat, der einige Unschuldige tötet, um viele Unschuldige zu retten, droht ein Argumentationsnotstand, wenn ein ähnliches Unglück nur durch Folterung eines (voraussichtlich) Schuldigen verhindert werden kann. Wer an dieser Stelle bereit ist, von anerkannten und in langen historischen Entwicklungsprozessen erstrittenen Grundprinzipien abzuweichen, riskiert die Übertragung der einmal akzeptierten Norm- und Wertverstöße auch auf andere, quantitative oder kategorial sich unterscheidende Bereiche. Hier kann, hier darf man nicht weitergehen. Schon der erste Schritt führt in vermintes Terrain.“ So auch Pawlik: „Mit § 14 Abs. 3 LuftsicherheitsG hat der Bundestag sich an eines der schwierigsten rechtsethischen Dilemmata gewagt, die überhaupt denkbar sind. Ein Gesetzgeber, dem eine einigermaßen problemadäquate Lösung nicht hinreichend praktikabel erscheint, täte besser daran, von einer Regelung ganz Abstand zu nehmen als die übrige Rechtsordnung mit nicht hinreichend durchdachten Wertungen zu identifizieren.“ Vgl. Merkel, „Der englische Rechtsphilosoph Herbert Hart schrieb vor beinahe fünfzig Jahren, man müsse die Fälle, in denen das Leben uns zwingt, von zwei Übeln das geringere zu wählen, „anfassen wie Brennesseln: mit dem Bewusstsein dessen, was man tut.“ Dass im Fall des Luftsicherheitsgesetzes beim Gesetzgeber wie in der Öffentlichkeit ein solches Bewusstsein vorhanden wäre, ist nicht zu erkennen.“

Dass solche hochemotionalen Argumente häufig nicht hinterfragt werden, ist nichts Neues. An jedem 9. November, an dem an die „Kristallnacht“ erinnert wird, wird Heinrich Heine zitiert: „Dort wo man Bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen.“²⁹⁰ Wer hinterfragt schon diese bekannte Metapher? Es gibt natürlich Gründe des Respekts und der Anständigkeit, aufgrund dessen man dies unterlässt, dennoch ist dieses Bild aus zwei Gründen zutiefst zweifelhaft.

Erstens sind Metaphern *per se* faktisch falsch: ob „der Wolf im Schafspelz“ oder „der Löwe von Münster“ – diese Bilder sind faktisch unwahr. Bisher wurde noch kein Wolf im Schafspelz gesichtet und von Galen war kein Tier. Warum sollte man sie dann als Argumente ansehen? Zweitens – und für unsere Frage wichtiger – ist Heines Zitat verheerend, da es einen logischen Mechanismus impliziert. Das Zitat lautet nicht, „Dort wo man Bücher verbrennt, *könnten* (...)“ oder „ (...)werden aller Wahrscheinlichkeit nach“ Menschen verbrennen, sondern es setzt eine Kausalität voraus, die so in der Wirklichkeit nicht existiert. (Jeder der dies bezweifelt, sollte nach der Lektüre dieser Arbeit dieses Buch verbrennen und Heines Prognose testen, ob danach auch Menschen verbrennen!)

Dass heißt nicht, dass es slippery slopes in der Wirklichkeit nicht gibt. Aber dabei handelt es sich um weniger dramatische Mechanismen, die in der politischen Debatte angeführt werden. Bis wir von der Verbrennung von Büchern zur Verbrennung von Menschen kommen und vom Abschuss eines Passagierflugzeuges zur Folter, ist es ein sehr langer Weg. Dieses Kapitel versucht die Mechanismen, die diesen langen Weg von Punkt A (Abschuss des Flugzeuges) zu Punkt B (Folter) ermöglichen sollen, aufzuzeigen. Dabei handelt es sich um eine relativ technische Untersuchung, die vom Leser ohne weiteres übersprungen werden darf. Es sei nur das Ergebnis vorweggenommen: die Horrorszenarien à la Klingst und Schlink sind nicht stichhaltig. Dennoch gibt es durchaus legitime slippery slope Befürchtungen.

Dies ist eine „trockene“, wertneutrale Untersuchung, die moralische und politische Bedenken transzendiert. Ob es slippery slopes gibt, wie sie entstehen und wohin sie

²⁹⁰ Heine, „Almansor“. Es ist in gewisser Weise ironisch, dass solche Antikonsequentialisten, die bei solchen Gedenktagen meistens sprechen, konsequentialistisch argumentieren, wenn sie hier dieses slippery-slope Argument verwenden.

gegebenenfalls führen, ist eine rein deskriptive Frage.²⁹¹ Die darüber hinaus gehende Frage, ob die Existenz dieser slippery slopes uns davon abhalten sollte, Gesetze wie das Luftsicherheitsgesetz zu haben, ist eine andere. Diese ist von normativen Faktoren abhängig, wie z.B. moralische und politische Präferenzen eines Individuums oder einer Gesellschaft.

Wie wir im letzten Kapitel gesehen haben: Für einige ist es wichtiger, dass jede Situation gesetzlich geregelt ist (man erinnere sich an die Verfechter des Kompromissmodells) – auch wenn eine hierfür notwendige gesetzliche Regelung zu ungewünschten Nebeneffekten führt, die man hierfür in Kauf nimmt. Andere hingegen (die Befürworter des außergesetzlichen Modells) halten diese Kosten für zu gravierend und widerstehen dem Vorschlag einer Gesetzesänderung. Das hat andere Kosten zur Folge, nämlich Intransparenz, aber diese werden von den Anhängern dieses Modells akzeptiert.

Welche „Kosten“ hier genau „in Kauf genommen“ werden, wird im Folgenden zu sehen sein. Und es werden zweifelsfrei Kosten in Rechnung gestellt werden. Denn slippery slope Befürchtungen gehen in mehrere Richtungen: so kann das Aufrechterhalten des Luftsicherheitsgesetzes zu gewissen slippery slopes kommen und das außer Kraft setzen des Gesetzes zu anderen.²⁹² Wie wir im vorigen Kapitel festgestellt haben, kann man abstrakt nicht sagen, welches Modell das bessere ist. Aber selbst wenn wir diese Nebeneffekte, die durch eine Gesetzesänderung entstände näher identifiziert haben, ist es immer noch eine Abwägungsfrage, welches der zwei Modelle wir unter diesen Umständen für den jeweiligen Kontext bevorzugen.

Im Folgenden werde ich zehn Mechanismen vorstellen, die für den Kontext des Luftsicherheitsgesetzes eine bedeutende Rolle spielen und dabei die möglichen Folgen vorstellen. Dies ist eine äußerst schwierige Frage, da wir nicht die Folgen des Gesetzes bzw. seiner Aufhebung seitens des Bundesverfassungsgerichtes bewerten können. Es ist schwer zu sagen, welche Folgen das Bundesverfassungsgerichtsurteil hat: schließlich ist es seitdem noch zu keiner

²⁹¹ Schauer, S. 382.

²⁹² Lode, S. 1540.

Flugzeugentführung gekommen. Und dass es hierzu nicht kam, ist eher eine Korrelation als ein kausaler Zusammenhang. Noch schwieriger ist es einzuschätzen, was die Folgen gewesen wären, wäre das Gesetz nicht für verfassungswidrig erklärt worden. Wir haben es hier mit reiner Spekulation zu tun. Dennoch werde ich versuchen, realistische slippery slope-Szenarien aufzuzeigen und ihre Mechanismen zu erklären. Auch wenn diese Szenarien so wahrscheinlich niemals eintreten werden, so ist es doch von Bedeutung, die Mechanismen der slippery slopes wenigstens zu diskutieren, um die Debatte von den emotionalen Vorwürfen der Luftsicherheitsgesetz-Gegner zu befreien. Erst im Anschluss an dieses Kapitel werde ich auf die *normative* Frage eingehen, ob wir das Luftsicherheitsgesetz haben sollten.²⁹³

2. Das Grundproblem

Die Problematik des slippery slope ist abstrakt gefasst immer die gleiche – egal, um welches Thema es sich in der Debatte handelt: man glaubt A ist an und für sich eine unterstützenswerte Sache²⁹⁴, allerdings wird befürchtet, dass A zu B führen kann, was rigoros abgelehnt wird.²⁹⁵ Würde es angesichts der Ablehnung gegenüber B Sinn machen, A dennoch zu unterstützen oder sollte man A ablehnen? Wenn A abgelehnt wird, so tritt eine „slippery slope inefficiency“²⁹⁶ ein, da ein sozial effizientes A aufgrund der Furcht, damit B wahrscheinlicher zu machen, abgelehnt wird.

Gegner des slippery slope Argumentes benutzen häufig folgendes Argument: „Wenn wir A und B auseinanderhalten können und heute B nicht wollen, warum sollten wir dann in der Zukunft Gefahr laufen, dass B eintreten wird?“²⁹⁷

Wie wir im Folgenden sehen werden, gibt es sehr wohl eine Gefahr des slippery slopes, denn oftmals sind es nicht *wir*, die in der Zukunft den Sachverhalt zu entscheiden haben. Wie unsere heutigen Entscheidungen morgen interpretiert

²⁹³ Dabei ist die normative nicht von der deskriptiven Frage zu trennen. Wenn deskriptiv bewiesen würde, dass die slippery slope Gefahr nicht existent ist, würde die Antwort auf die normative Frage anders ausfallen, als wenn gravierende slippery slope Gefahren bestünden.

²⁹⁴ Schauer, S. 361, 368f.; Lode, S.1480.

²⁹⁵ Schauer bezeichnet A als „instant case“ und B als „danger case.“ Schauer, S. 365.

²⁹⁶ Volokh, S. 1036.

²⁹⁷ Vgl. auch „Automon“-response in Rizzo & Whitman, S. 542.

werden liegt in den Händen *anderer*.²⁹⁸ Und wie diese dann rückblickend unsere Entscheidungen interpretieren, unterliegt auch nicht unserer Kontrolle. Ferner darf man den sozialen Kontext nicht ignorieren, in dem eine Entscheidung gefällt wird und in dem eine reevaluiert wird; keine Entscheidung passiert in einem Vakuum, isoliert von sozialen und ideologischen Faktoren, die sich ständig ändern können.²⁹⁹ Wenn man also überlegt, ob man trotz der Gefahr, damit B zu ermöglichen, heute für Entscheidung A stimmen soll, muss man einige slippery-slope Mechanismen bedenken.

Hierbei gibt es zwei Überkategorien: einmal die der Präzedenzfälle, die besonders der Judikative zu denken gibt; zum anderen Veränderungen im Bewusstsein der Menschen, die unter den Entscheidungen zu leben haben. Diese slippery slopes sind jene, die die Legislative und andere Entscheidungsträger zu fürchten haben.

3. 1. Die Gefahr durch Präzedenzfälle

Eines der am häufigsten gehörten Argumente des slippery slopes ist, dass eine gerichtliche Entscheidung A einen Präzedenzfall für B darstellen wird.³⁰⁰ Auch wenn eine solche Befürchtung im angelsächsischen Common-Law-Raum eine größere Bedeutung hat als hierzulande³⁰¹, haben auch wir es mit ähnlichen Mechanismen zu tun. Analytisch gesprochen besagt das Argument lediglich, dass Entscheidung A einer Begründung R zugrunde liegt und dass Begründung R auch Entscheidung B begründen könnte.

Zum Beispiel: die Begründung R des Luftsicherheitsgesetzes, sofern sie utilitaristischer Natur wäre, würde auch eine Rechtfertigung für das Anwenden von Folter in ticking-bomb-Fällen (B) bieten. Dies hat Schlink ausgedrückt, wenn er schrieb: „Mit (...)derselben Logik wird auch für die Zulässigkeit der Folter gestritten.“³⁰²

²⁹⁸ Schauer 373.

²⁹⁹ Lode, S. 1492 f.

³⁰⁰ Das ist mit der Metapher eines Präzedenzfalles als „loaded weapon“ gemeint. J. Jackson in *Korematsu v. United States*, 323 US 214, 246 (1944)

³⁰¹ Lode, S. 1505.

³⁰² vgl. Schlink, S.34.

a. Falsche Rezeption einer Begründung

Man könnte, wie ich es in Kap. A. III. getan habe, anführen, dass der Fall der Folter ein ganz anderer sei als der beim Abschuss des Flugzeuges. Dort habe ich argumentiert, dass es einen großen Unterschied für den Rechtsanspruch der Opfer macht, ob sie *disabler* oder *enabler* sind.

Aber die reine Tatsache, dass ein rechtlicher Unterschied zwischen A und B identifiziert werden *kann*, bedeutet nicht, dass dies auch zukünftig geschehen wird.³⁰³ Schließlich könnte die Begründung R in Fall A ganz anders wahrgenommen werden als das, was in A eigentlich steht. Und wie R in der relevanten Literatur rezipiert wird, ist sehr viel wichtiger als das, was R eigentlich sagt.³⁰⁴ Schließlich werden Richter irgendwann nicht mehr das Urteil selbst nachlesen, sondern Kommentare zum Urteil. Und wenn diese Fall A einmal anders interpretiert haben oder ein Prinzip proklamieren, was eigentlich gar nicht im Urteil steht³⁰⁵, ist es unwahrscheinlich, dass die ursprüngliche Begründung R jemals wieder angeführt wird.

b. Kontexterweiterung

Darüber hinaus könnten zukünftige Richter nicht von der getroffenen Unterscheidung in Begründung R überzeugt sein. So könnten sie es für nötig halten, dass Entscheidung A über ihre ursprüngliche Begründung hinaus anwendungsfähig sein soll.³⁰⁶ Nehmen wir hypothetischer Weise an, das Gericht wäre meiner Argumentation gefolgt und hätte das Luftsicherheitsgesetz für verfassungsmäßig

³⁰³ Dies erinnert an das schon einmal angerissene Problem, wo man die angemessene Grenze ziehen soll, welche wir im Kontext des Haufenparadoxes analysiert haben. Vgl. Lode, S. 1470, Schauer, S. 378.

³⁰⁴ So versucht Ladiges in seiner Dissertation das „Dammbruch“-Argument um das Luftsicherheitsgesetz zu widerlegen, indem er darauf hinweist, dass §14 Abs. 3 kein rechtliches Neuland sei, da schließlich Art. 15 Abs. 2 EMRK bereits die Tötung von Unbeteiligten vorsehe und diese Regelung seit ihrem über 50-jährigen Bestehen noch keine slippery slopes ausgelöst habe. Ladiges, S. 395. Dabei ist eine andere, m.E. plausiblere Erklärung hierfür, dass 15 Abs. 2 EMRK nicht hinreichend im öffentlichen Bewußtsein rezipiert wurde, als dass es irgendeinen Schaden hätte anrichten können.

Man muss Ladiges dafür loben, dass er wenigstens bemüht ist, sich argumentativ mit dem slippery slope Argument auseinanderzusetzen. Meistens wird es von Autoren als ein Totschlagargument benutzt, um eine Diskussion über die Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung im Keim zu ersticken. Dennoch spiegelt Ladiges' Analyse das schwache Niveau wieder, auf dem die Diskussion um slippery slopes geführt wurde. Während es nuancierte Schriften zum Thema des Bundeswehreinsetzes im Innern gibt, waren die Diskussionen um die scheinbare Verletzung der Menschenwürde und die slippery slope-Befürchtungen bezeichnend undifferenziert. Vielleicht hat das damit zu tun, dass die letztgenannten Themen mehr Emotionen hervorrufen als das erste. Vgl. Diskussion, S. 84f.

³⁰⁵ Volokh, S. 1093.

³⁰⁶ Für eine Verteidigung einer „living constitution,“ vgl. Dworkin, Law's Empire.

erklärt. Einem zukünftigem Richter mag die *enabler/disabler*-Unterscheidung nicht gefallen und er könnte die Begründung R des Urteils A für Urteil B benutzen, mit welchem sein Vorgänger, der Urteil A geschrieben hat, gar nicht einverstanden gewesen wäre. Er könnte zum Beispiel fälschlicherweise argumentieren, dass die *enabler/disabler*-Unterscheidung im Kern das Konzept des Doppeleffektes ist: und sobald das Konzept des Doppeleffektes die alte *enabler/disabler*-Unterscheidung ersetzt, wären auch Terrorbombardements legitimierbar.

c. Verwirrung über ein grundlegendes Prinzip

Oft ist es auch so, dass ein Urteil mehrere Begründungen hat und es unklar ist, welche der Begründungen grundlegend war: Das Urteil zum Luftsicherheitsgesetz hatte zum Beispiel mindestens drei Argumentationsstränge, welche zur Ablehnung des Gesetzes führten: (1) dem Bund fehle die Kompetenz, (2) moralische Bedenken und (3) empirische Bedenken. Und je nachdem, welches Prinzip zukünftige Richter als entscheidend für ihren Fall ansehen, werden zukünftige Fälle entschieden werden.³⁰⁷ Dies kann natürlich oft nicht im Sinne der früheren Richter sein, die ein anderes Prinzip in ihrer Entscheidung für entscheidend hielten. So könnte ein späteres Gericht zu der Einsicht gelangen, dass das Luftsicherheitsgesetz aufgrund von (1) abgelehnt wurde und nicht aufgrund von (2) und/ oder (3).

Welches dieser Prinzipien spätere Gerichte zur Unterstützung ihrer Entscheidung zugrunde legen, kann man kaum mit Sicherheit voraussehen. Es ist sehr oft so, dass die Debatte um ein Gesetz A sich um ein Prinzip dreht und, nachdem das Gesetz erlassen wurde, man für eine Weile glaubt, dass es alleinig dieses Prinzip sei, welches das Gesetz verkörpert. Je mehr Zeit jedoch vergeht, desto mehr sind diese Debatten vergessen und nur das Gesetz existiert noch. Wenn das geschieht, ist es durchaus möglich, dass Befürworter eines Gesetzes B dieses Gesetz A als Begründung anführen, obwohl dem Gesetz A eigentlich ein ganz anderes Prinzip zugrunde lag.³⁰⁸ Diese drei Szenarien illustrieren, dass Richter zu Recht besorgt sein müssen, dass ihre Entscheidung A durch ihre Nachfolger, die ein anderes Verständnis für einen Fall mitbringen, in ihrem ursprünglichen Verständnis erweitert wird und als Begründung für Entscheidung B angeführt wird. Es bestehen wenige Möglichkeiten für den

³⁰⁷ Volokh, S.1091ff.

³⁰⁸ Ebenda.

Richter diesen slope der "Kontexterweiterung" zu verhindern. Im Urteil zu vermerken: "A soll kein Präzedenzfall sein" oder "A soll nicht als Rechtfertigung für B dienen" hat wohl wenig Zweck, da zukünftige Richter nicht an diese Aussage gebunden sind.³⁰⁹ In unserem hypothetischen Fall zu schreiben: „Diese enabler/disabler-Unterscheidung ist nicht mit dem Konzept des Doppeleffektes gleichzusetzen“ und Beispiele anzuführen, in denen die Begründung R anwendbar ist und in welchen explizit nicht, mag zwar hilfreich sein, aber kaum erwartbar; schließlich kann auch ein Richter nicht alle Missbrauchsmöglichkeiten vorhersehen.³¹⁰

Dass Debatten notwendigerweise in Vergessenheit geraten, ist nicht nur ein Problem, welches die Judikative zu fürchten hat. Es ist nur allzu verständlich, dass die Judikative besonders aufmerksam gegenüber slippery slopes-Befürchtungen ist: Die Judikative operiert schließlich nach Präzedenz, auch hierzulande zu einem gewissen Grad. Richter sind stets bemüht, feine Unterscheidungen zu artikulieren, die Fall A von Fall m unterscheidet. Wenn A erlaubt ist und das Gericht nun vor der Frage steht, ob m auch erlaubt sein soll, muss es einen rationalen Grund geben, der A von m unterscheidet. Wenn es den nicht gibt, muss m ebenfalls erlaubt werden; der Fall A ist also ein Präzedenzfall für m. Die Legislative operiert jedoch nicht derartig: wenn ein Gesetz in Kraft tritt, das A erlaubt, hat die Legislative keinerlei Verpflichtung auch ein Gesetz zu verabschieden, das m erlaubt, auch wenn es keinen Unterschied zwischen A und m gibt.³¹¹

Vielleicht erklärt die Unterschiedlichkeit, wie die verschiedenen Staatsorgane operieren, gleichermaßen die unterschiedliche Bewertung zum Luftsicherheitsgesetz: während der Bundestag das Luftsicherheitsgesetz verabschiedet ohne darüber nachdenken zu müssen, ob er fortan ähnliche Fälle auch gesetzlich regeln muss, denkt das Bundesverfassungsgericht über solche Konsequenzen nach. Antizipierend, dass es in Zukunft schwierig sein wird, den Fall A von Fall m trennen zu können, lehnt es das

³⁰⁹ Dass muss nicht unbedingt etwas schlechtes sein. Wenn z.B. die Richter am amerikanischen Supreme Court in den 60er Jahren nicht das 14th amendment sehr expansiv interpretiert hätten, wäre Rassenintegration sehr viel langsamer verlaufen. Gleiches gilt für andere Bürgerrechte.

³¹⁰ Lode, S. 1511, Rizzo & Whitman, S. 527.

³¹¹ Lode, S. 1494 f.

Luftsicherheitsgesetz rigoros ab, um gar nicht erst eines Tages vor diesem Dilemma stehen zu müssen.³¹²

Aber auch die Legislative muss gewisse slippery slopes bedenken, wie wir im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes gesehen haben: so haben Bündnis 90/Die Grünen dem Luftsicherheitsgesetz ausdrücklich nur zugestimmt, wenn das Szenario in §14 Abschnitt 3 nur eines beinhaltet, in dem der Abschuss nicht unschuldigen Passagieren gilt, sondern lediglich den Terroristen selbst gilt. Schon jetzt kann sich kaum noch jemand daran erinnern, dass Bündnis 90/Die Grünen mit dieser Zusatzbedingung dem Gesetz zugestimmt haben.

Wäre das Gesetz nicht gekippt worden und würde es in vier Jahren zu einem Abschuss eines mit Passagieren besetzten Flugzeugs kommen, hätten Bündnis 90/ Die Grünen einem Gesetz die entscheidende Mehrheit gegeben, das zu Zwecken benutzt wurde, die sie selbst abgelehnt haben. Sie hätten einen slippery slope ermöglicht. Zwar kann man die Protokolle der Bundestagssitzung zum Thema nachlesen, aber darauf kann man zweierlei einwenden. Erstens, wer würde das schon tun? Schließlich kann man nicht jedes Mal wie ein akribischer Ideengeschichtler nach dem ultimativen Ursprung jedes Gedankens forschen. Es ist nur rational (wenngleich nicht immer vorteilhaft) sich hierbei auf Sekundärquellen zu stützen. Und zweitens, selbst wenn es klar wäre, dass Bündnis 90/ Die Grünen dem Gebrauch des Gesetzes in diesem Szenario nicht zugestimmt haben, ändert das nichts am Ergebnis: Menschen wurden durch ihre entscheidende Stimme getötet. Zwar war das nicht gewollt, aber vielleicht kann man dennoch von einer Mitschuld reden. Die Bundestagsfraktion hätte schließlich diesen slippery slope antizipieren und daher gegen das Gesetz stimmen können³¹³, obgleich hierdurch eine slippery slope inefficiency eintritt.

³¹² Erneut zeigt sich das Phänomen von Rollenethik. Vgl. Diskussion oben S. 117. Dass ein Gerichtsurteil einen slippery slope Prozess auslösen kann, illustriert Lode, S. 1520ff. wenn er darauf aufmerksam macht, dass der Fall *Diamond v. Chakrabarty* 447 U.S. 303 (1980) wesentlich zur Verfassungsmäßigkeit von Genforschung und Klonen beigetragen hat.

³¹³ Dass dies nicht geschehen ist, mag daran gelegen haben, dass Gesetzgeber oft ein myopisches Verhalten an den Tag legen, d.h. sie unterschätzen zukünftige Kosten angesichts kurzfristiger Präferenzen. Rizzo & Whitman, S. 572.

d. Fazit

Manchmal ist es sowohl für Richter als auch den Gesetzgeber eine bessere Heuristik, ideologisch und nicht pragmatisch zu sein: wenn man befürchtet, dass eine kleine Veränderung große Auswirkungen haben kann³¹⁴ oder glaubt, dass Nuancen in der heutigen Debatte morgen vergessen sein werden, dann ist es eventuell für einen Politiker besser, jede noch so kleine Veränderung A – obgleich man ihr isoliert betrachtet zustimmt – abzulehnen, weil sie zu B führen könnte, was man von Grund auf rigoros ablehnt. Hierbei kann die Verwendung einer kategorischen Rhetorik, wie es das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz verwendet hat, durchaus von Nutzen sein.

4. 1. Bewusstseins- und Wahrnehmungsänderung

Die zweite Kategorie von slippery slope Mechanismen hängt weniger davon ab, wie ein gewisser Sachverhalt von zukünftigen Entscheidungsträgern interpretiert wird. Sie hängt eher mit psychologischen Faktoren zusammen, die uns selber zu slippery slopes führen können. Dabei handelt es sich um Bewusstseins- und Wahrnehmungsänderungen, die langsam und subtil unser Verständnis von einem Konzept verändern können.

So haben beispielsweise Bündnis 90/ Die Grünen angeführt, dass eine gesetzliche Regelung, die den Abschuss von unschuldigen Passagieren erlaubt, „das Rechtsbewusstsein hinsichtlich des Grundrechts auf Leben auf gefährliche Weise unterminiert.“³¹⁵ Und auch Höfling/Augsberg warnten, dass wenn man „von anerkannten und in langen historischen Entwicklungsprozessen erstrittenen Grundprinzipien [abweicht], (...)die Übertragung der einmal akzeptierten Norm- und Wertverstöße auch auf andere, quantitative oder kategorial sich unterscheidende Bereiche [riskiert]. Hier kann, hier darf man nicht weitergehen. Schon der erste Schritt führt in vermintes Terrain.“³¹⁶ Mit anderen Worten, die Integrität des Rechtssystems würde verletzt werden.

³¹⁴ Zu diesem Thema, vgl. Gladwell, „Tipping Point“.

³¹⁵ BvR 357/05, Abs. 51.

³¹⁶ Höfling/Augsberg, S. 1088.

Aber auch hier lässt sich fragen, warum dieses Risiko besteht. Wenn wir heute zwischen der wohldefinierten Ausnahme und dem „verminte[n] Terrain“ unterscheiden können, warum sollten wir es nicht auch in Zukunft? Das Argument von den slippery slopes durch Bewusstseins- und Wahrnehmungsänderungen besagt, dass wir uns auf dem Weg zu diesem „verminte[n] Terrain“ begeben könnten, da sich durch die Existenz der wohldefinierten Ausnahme unser inneres und öffentliches Bewusstsein zum Thema ändern könnte. Wie bei allen slippery slope Mechanismen ist auch hier anzumerken, dass dieser Mechanismus nicht eintreten muss, dass jedoch eine auszumachende Wahrscheinlichkeit hierfür besteht.

a. Desensibilisierung der Verantwortungsträger

Zur Gruppe derer, deren Bewusstsein sich verändern könnte, wäre der Abschuss gesetzlich geregelt, zählen der Verteidigungsminister, der den Auftrag zum Abschuss gibt und der Soldat, der ihn ausführen wird. Der Grund hierfür liegt darin, dass eine gesetzliche Legitimation des Abschusses die Hemmschwelle niedriger setzen würde. Indem der ausführende Soldat nicht mehr das Stigma des Schwerstverbrechens zu fürchten hätte, da sein Abschuss im Vorhinein erlaubt wäre, würde er wahrscheinlich eher geneigt sein, zur Waffe zu greifen als im Szenario, in dem er persönliche Konsequenzen für sein Handeln zu fürchten hätte. Dies ist auch der Grund, warum Befürworter des außergesetzlichen Modells einer Gesetzesänderung ablehnend gegenüberstanden.

Man kann jedoch argumentieren, dass es keine Rolle spielt, ob ein Gesetz das Handeln des Soldaten schützt oder nicht. Der Soldat wird durch seine persönliche Schuld ohnehin persönliche Konsequenzen tragen. So schrieb Schlink:

„Die Verantwortung liegt unausweichlich bei dem, in dessen Hand das Geschehen liegt. Der Pilot hat sie, und sie kann ihm nicht abgenommen werden. Wenn er davon ausgeht, dass das Passagierflugzeug ins Hochhaus rasen wird, hilft ihm nicht, dass der Verteidigungsminister den Befehl zum Abschuss nicht gegeben hat, und wenn er umgekehrt von der Möglichkeit ausgeht, das Passagierflugzeug werde nicht ins Hochhaus rasen, hilft ihm der Befehl zum Abschuss nicht. Die unschuldigen Leben, die er vernichtet, werden sein Gewissen quälen, ob der Verteidigungsminister ihm die Vernichtung befohlen hat oder nicht. Auch das Gewissen des Polizisten, der einen Menschen gefoltert hat, wird nicht dadurch erleichtert, dass das Gesetz die Folter erlaubt und der Vorgesetzte sie befohlen hat, wie auch das gesetzliche Verbot der Folter sein Gewissen nicht von der Qual befreit, durch das Unterlassen von Folter Leben nicht gerettet zu haben, die er durch ihren Einsatz vielleicht hätte retten können. Wer meint, dass ein Gesetz und

ein Befehl den Konflikt, die Entscheidung und die Qual des Gewissens ersparen könnten, denkt vom Menschen denn doch zu gering.³¹⁷

Welche Seite in ihrer Einschätzung richtig liegt, ist schwer auszumachen, da die Sozialpsychologie hierauf keine eindeutige Antwort gibt.

b. Desensibilisierung beim Volk

Aber auch das einfache Volk, welches persönlich weniger in den vorgesehenen Abschuss involviert ist als die wenigen Entscheidungsträger, könnte einem ähnlichen slippery slope unterlegen sein: so ist es plausibel, dass Menschen im Laufe der Zeit weniger sensibel werden, wenn sie es mit ähnlichen Fragestellungen zu tun haben.³¹⁸ Das kann mehrere Gründe haben und geschieht meistens, ohne dass man sich dessen bewusst ist.

aa) Der Ist-Soll Fehlschluss

Manchmal unterliegen Menschen folgendem logischen Fehlschluss: sie gehen davon aus, dass nur weil etwas *ist*, es auch sein *soll*. Zwar wissen wir spätestens seit David Hume, dass man nicht logisch von einem deskriptiven Ist-Zustand auf einen normativen Soll-Zustand schließen kann.³¹⁹ Dennoch geschieht dies in der politischen Debatte vielfach. Auch in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz ist dies geschehen. So wurde von einigen argumentiert, dass die vorgesehene Tötung unschuldiger Menschen keine verfassungsrechtlichen Probleme auslöst, da es sich hierbei schließlich um das gleiche Szenario wie beim finalen Rettungsschuss handelt³²⁰, in dem ein tödlicher Schuss des Angreifers rechtmäßig ist, „wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr (...)ist.“³²¹ Befürworter dieses Argumentes sehen eine relevante Analogie zwischen dem Luftsicherheitsgesetz und dem finalen Rettungsschuss und argumentieren, dass, wenn das zweite verfassungsmäßig ist, es auch das erste sein sollte.

Aber eine solche Begründung unterliegt dem oben genannten Fehlschluss. Warum? Weil von dieser Person nicht bedacht wurde, dass vielleicht die

³¹⁷ Vgl. Schlink, S.36.

³¹⁸ Vgl. Lode, S. 1513f.

³¹⁹ David Hume, „An Essay Concerning Human Understanding“, S. 293ff.; G.E. Moore, Principia Ethica

³²⁰ Vgl. Baumann, DÖV 2004, S. 853.

³²¹ So im Hamburger Polizeigesetz § 25 Abs. 2, HbgSOG.

Verfassungsmäßigkeit des finalen Rettungsschusses selbst ein Fehler war und sich somit jegliche Analogie für ähnliche Fälle verbietet. Statt unabhängig über die Rechtmäßigkeit des finalen Rettungsschusses nachzudenken, wurde die Tatsache, dass es in vielen Bundesländern positives Recht ist, als hinreichender Grund angeführt, auf dessen Autorität man sich berufen kann. Mit anderen Worten, man hat nur weil etwas Gesetz *ist*, unreflektiert argumentiert, dass etwas ähnliches auch Gesetz sein *soll*.

Gewisse Entscheidungen haben zudem ein politisches Momentum,³²² in dem man ihre Legitimität nicht mehr in Frage stellt, sondern sie stattdessen als Grundlage für zukünftige Entscheidungen voraussetzt. Nicht umsonst spricht man wiederholt von „Grundsatzentscheidungen“: hiermit sind Fälle gemeint, die die Rechtsprechung in eine andere, neue Richtung lenken. Das Verfassungsrecht ist hier besonders betroffen, wie Lode schreibt:

„When evaluating [slippery slope arguments], especially those that are invoked in constitutional debates in which major values are at stake, the ways in which a decision may be viewed as a landmark are significant. If a decision allowing A is likely to be viewed as a landmark, we may have good grounds for fearing that (...) [one] (...) will gradually allow practices further down the slope.“³²³

Dieses Denken kann durchaus gefährlich sein, wie Benjamin Cardozo vor gut 80 Jahren beobachtete:

„The half truths of one generation tend at times to perpetuate themselves in the law as the whole truths of another, when constant repetition brings it about that qualifications, taken once for granted, are disregarded or forgotten.“³²⁴

In aller Fairness haben die meisten in der Debatte um das Luftsicherheitsgesetz nicht diesen Fehlschluss begangen. Viele haben das Argument, das Luftsicherheitsgesetz sei verfassungsmäßig, da der finale Rettungsschuss es gleichermaßen sei, dadurch widerlegt, dass sie auf die substantiellen Bedenken des finalen Rettungsschusses hinwiesen. Dennoch kann man nicht leugnen, dass, wenn ein solcher Fehlschluss häufig genug vorkommt, er Grund für eine berechtigte slippery slope Befürchtung sein kann.

³²² Vgl. Volokh, S. 1121ff.

³²³ Lode, S. 1519.

³²⁴ *Allegheny College v. National Chautauqua Bank*, 246 N.Y. 369, 373, 159 N.E. 173, 174 (1927) zitiert nach Schauer, S. 375 f.

bb) Ignoranz/Inkompetenz

Dass man leicht diesem Fehlschluss unterliegen kann, hängt wiederum damit zusammen, dass es keinesfalls irrational ist, sich auf positives Recht zu berufen. Als Experte hat man häufig nicht die Zeit und als Laie nicht die Kompetenz, die Gültigkeit jeder Analogie neu zu bedenken, indem man die alten Debatten zum Thema studiert und ihre jeweiligen Argumente erneut auf ihre Richtigkeit hin prüft. Derweil vielfach keine unabhängige Meinungsbildung stattfindet, kann ein slippery slope dann auftreten, wenn sich der Bürger für nicht ausreichend qualifiziert hält, um einen Sachverhalt zu bewerten und sich daher auf vermeintlich höhere Instanzen beruft.

Wenn man zum Beispiel den sprichwörtlichen ‘Bürger auf der Straße’ fragt, ob er findet, dass das Luftsicherheitsgesetz verfassungswidrig war, kann man sich vorstellen, dass dieser Bürger folgende (zugegebenermaßen stilisierte) Antwort geben wird: “Ich bin kein Jurist und es macht keinen Sinn für meinen Lebensentwurf, mich mit juristischen Fragen zu beschäftigen. Ich bin nämlich XY von Beruf. Aber das Bundesverfassungsgericht besteht aus Juristen und diese haben sich Expertenmeinungen angehört. Diese haben entschieden, dass es verfassungswidrig war. Also wird es wohl auch so sein.” Ein anderer Bürger könnte meinen: “Ich glaube nicht, dass das Bundesverfassungsgericht immer richtig liegt, jedoch glaube ich, dass es die meiste Zeit wohl richtig liegen muss. Andernfalls gäbe es das Gericht sehr wahrscheinlich nicht mehr. Daher kann ich wohl annehmen, dass es vermutlich auch in diesem Fall richtig lag und das Gesetz verfassungswidrig war.” Nichts an diesen fiktiven Antworten ist unlogisch; ganz im Gegenteil, angesichts der rationalen Unwissenheit der Befragten macht es Sinn für den Bürger, seine eigene Meinung von der des Gerichtes beeinflussen zu lassen, besonders dann, wenn er glaubt, dass das Gericht kompetent ist und daher in den meisten Fällen richtig liegt.³²⁵ Nehmen wir an, dass die Meinung dieser Bürger repräsentativ fürs Volk ist. Dann ist es nicht auszuschließen, dass ein slippery slope eintritt. Schließlich würde der Diskurs durch Experten geführt und eine kritische Masse von Bürgern enthält sich entweder einer Meinung oder delegiert die Verantwortung an Experten.

³²⁵ Volokh, S. 1108.

- Zu viele Ausnahmen

Eine solche Ignoranz und Apathie kann immer dann entstehen, wenn ein rechtliches Konzept so viele Ausnahmen enthält, dass das innewohnende Prinzip, welches dem Konzept einst zugrundelag, nicht mehr erkennbar ist. Jedes Recht hat wohl definierte Ausnahmen: so z.B. ist das Recht auf Leben ein hohes Gut im Grundgesetz, jedoch enthält es auch wohl definierte Einschränkungen, die es nicht absolut erscheinen lassen: z.B. im Falle der Selbstverteidigung, Kriegsdienst, Widerstandsrecht, etc.

Je mehr Ausnahmen es jedoch gibt – und ich glaube nicht, dass das Recht auf Leben ein gutes Beispiel hierfür ist – desto schwieriger wird es sein, diese Ausnahmen von der Regel unterscheiden zu können. Ab einem gewissen Punkt erscheinen die Positionen so inkonsistent zu sein, dass ein innewohnendes Prinzip hinter den verschiedenen Standpunkten zum Thema nicht mehr erkennbar ist. Oder der Eindruck könnte entstehen, dass die Ausnahmen selbst zur Regel werden. Die erste Ausnahmeregelung wird wohl nicht zu dieser Entwicklung führen und auch nicht die zweite, aber jede weitere Ausnahme macht sie ein wenig wahrscheinlicher.

Das heißt nicht, dass man soweit gehen muss, um zu der Überzeugung zu gelangen, dass sobald eine Regel eine Ausnahme zur Regel zugelassen hat, es ohnehin keinen Unterschied mehr macht, diese Regel weiter zu dehnen. Ausnahmen können oft notwendig sein; nur muss dabei berücksichtigt werden, dass dadurch das innewohnende Prinzip der Regel nicht zu sehr verletzt wird.

Es ist zweifelhaft, ob mit dem Aufrechterhalten des Luftsicherheitsgesetzes zu viele Ausnahmen zum Recht auf Leben gemacht worden wären, aber wenn sich politische Realitäten ändern sollten und mehrere Gesetze in Kraft träten, die derartige Ausnahmen beinhalteten, wäre dieser Gedanke nicht zu absurd. In anderen Rechtsgebieten scheint die Durchführung einer Abgrenzung von Regel und Ausnahme problematischer: zum Beispiel im Steuerrecht, wo es so viele Ausnahmen gibt, dass oftmals nur Experten einen Überblick über die Materie haben.

Vor diesem Hintergrund mag es für politische Verantwortungsträger empfehlenswert sein, den sprichwörtlichen ‘Anfängen zu wehren’, indem man Ausnahmeregelungen,

vor allem solche, die nicht in bestehende Kategorien passen, ablehnt. Eine geeignete Heuristik wäre, noch so kleine Ausnahmeregelungen abzulehnen – es sei denn es gibt einen schwerwiegenden Grund dies nicht zu tun, weil selbst die kleinsten Änderungen dazu beitragen können, die Haltung gegenüber der Regel entscheidend zu beeinflussen.³²⁶ Diese Haltung kann durch Ignoranz oder Apathie entstehen, die durch mangelndes Involvieren der Bürger in politischen Prozessen ausgelöst wird.

cc) Desensibilisierung durch Vergleich

Ein weiterer Grund, warum der Bürger eine Wahrnehmungsveränderung zu einem bestimmten Thema entwickeln kann, liegt darin, dass Menschen eine andere Haltung zu einem Thema einnehmen, sobald es in einem anderen Kontext präsentiert wird. Je extremer die Positionen, mit denen man einen Sachverhalt vergleicht, desto moderater erscheint dieser Sachverhalt. Es wurde argumentiert, dass Folter einem weniger schlimm vorkommt, sobald man Gesetze hat, die das gezielte Töten Unschuldiger erlauben. Und wenn der Staat *Unschuldige* töten darf, darf er dann nicht erst recht *Schuldige* bloß „ein wenig foltern“ bzw. nur mit Folter drohen³²⁷? Schließlich ist Folter weniger schlimm als zu sterben und sich an Schuldigen zu vergehen wöge weniger schlimm als unschuldigen Menschen Leid anzutun.³²⁸

Auch wenn wir in Kap. A II. die moralischen Unterschiede zwischen diesen beiden Szenarien besprochen haben, so ist es unwahrscheinlich, dass diese Unterscheidungen in Erinnerung bleiben werden. Und auch, dass Menschen eine moralische Bewertung eines Sachverhaltes nicht davon abhängig machen sollten, wie dieser Sachverhalt relativ zu anderen steht, ist kein überzeugender Einwand; denn Menschen begehen andauernd diesen Fehlschluss, wie Sozialpsychologen herausgefunden haben.

Normalerweise sollte es keine Rolle spielen, ob B als Extremposition innerhalb der Optionen 0, A und B präsentiert wird oder als moderate Position innerhalb der

³²⁶ Volokh, S. 1126f.

³²⁷ Das ist beim Jakob von Metzler Fall geschehen, der in der verfassungs- und strafrechtlichen Literatur sehr rezipiert wurde: vgl. Bibliographie in Tröndle, Fischer, S. 277f.

³²⁸ Zur Frage, warum Folter schlimmer als Morden sei, vgl. Henry Shue, Torture, in: Levinson, „Torture: A Collection“.

Positionen A, B und C. Menschen sollten in ihrem Urteilsvermögen zu A und B nicht von 0 und C beeinflusst werden. Allerdings werden sie dies nachweislich. Wenn ein Vorschlag als Kompromiss zwischen Extremen präsentiert wird, bewerten Menschen diesen positiver.³²⁹

Das mag irrational erscheinen: schließlich sollte man erwarten, dass das Hinzufügen einer weiteren Option die Präferenz der beiden bestehenden Optionen jeweils mindern und nicht die Präferenz für die nun mittlere Option vermehren sollte. Aber Menschen sind, wie wir oftmals in diesem Kapitel bemerkt haben, nur begrenzt rational (“bounded rational”).

Dass Menschen dadurch beeinflusst werden können, je nachdem welche Optionen präsentiert werden, ist insofern von Bedeutung, als dass das Inkrafttreten von bescheidenen Veränderungen, extreme Veränderungen moderater erscheinen lassen kann. Man denke nur an folgendes Beispiel im Kontext der Terrorbekämpfung:

Abhörmöglichkeiten im großen Umfang mögen weniger radikal erscheinen, sobald sich Menschen an die Existenz des sog. “kleinen Lauschangriffes” gewöhnt haben. Auch das Auflockern des kategorischen Folterverbotes würde als weniger radikal empfunden werden, wenn Leute nicht den disabler/enabler Unterschied verstehen und fälschlicherweise glaubten, das Luftsicherheitsgesetz sei verfassungskonform, weil der Staat stets die größte Anzahl von Menschen retten müsse. So gesehen können auch kleine Veränderungen – hier: das Hinzufügen mehrerer Optionen im Spektrum des politisch Mach- und Vorstellbaren – versehentlich zu einem slippery slope führen.

dd) Falsche Bewertung des Gesetzes

Eine letzte Variante, wie ein slippery slope verursacht werden könnte, wäre, wie eine Bevölkerung die Folgen eines bestimmten Gesetzes bewertet. Diese ist nämlich oft fehlerhaft, da Menschen falsche Schlüsse aus Informationen ziehen. Angenommen Gesetz A ist als Reaktion auf ein Problem in Kraft getreten und wenig später tritt dieses Problem weniger auf. So könnten Menschen beispielsweise glauben, dass

³²⁹ Ein bekanntes Experiment dazu war wie folgt: eine Gruppe wurde befragt, welche Kamera das bessere Geschäft sei: eine low-end oder eine mid-level Kamera. Die eine Hälfte meinte, die mid-level Kamera sei das bessere Geschäft. Einer anderen Gruppe wurde die gleiche Frage gestellt, aber sie hatte noch eine dritte, high-tech Kamera zur Auswahl. In dieser Gruppe hat eine überwältigende Mehrheit gemeint, die mid-level Kamera sei das beste Geschäft. Simonson/ Tversky, S. 207.

verstärkte Sicherheitskontrollen an Flughäfen die Ursache dafür ist, dass die Anzahl von Flugzeugentführungen in den letzten Jahren heruntergegangen ist. Dabei könnte die Ursache ganz andere Gründe haben: z.B. dass Terrorzellen, die sich auf solche Entführungen spezialisieren, innere Konflikte haben, woraufhin weitere Flugzeugentführungen verschoben werden mussten.

Leute können glauben, A hätte die Veränderung verursacht, obwohl in Wirklichkeit eine andere Ursache B der Veränderung zugrunde lag. Aber weil A mit der Veränderung korrelierte, glaubt eine hinreichend große Anzahl von Menschen, es hätte die Veränderung verursacht. Überzeugt von diesem Erfolg fordert diese Gruppe eine weitere Reduzierung vom Problem durch restriktivere Formen von Gesetz B. Dass dies ein Fehlschluss ist, ist in der Philosophie wohlbekannt, allerdings hilft das wenig, diesen bekannten slippery slope zu vermeiden.

Es ist schwieriger, dieses Phänomen auf das Luftsicherheitsgesetz zu übertragen: schließlich gab es noch keine Flugzeugentführung dieser Art im deutschen Raum. Daher ist es nicht möglich von einer Reduzierung des Problems zu reden. Natürlich können Menschen glauben, dass die Existenz des Gesetzes Terroristen abgeschreckt habe, eine Flugzeugentführung zu versuchen. Aber wenn überhaupt, müsste das Gegenteil der Fall sein: schließlich ist die Ankündigung, ein entführtes Flugzeug nicht abzuschießen, ein Anreiz für die Terroristen, „ihr Glück zu versuchen.“³³⁰

Andere präventive Maßnahmen in der Terrorbekämpfung können dabei eher einer falschen Bewertung unterliegen und zu slippery slopes führen: man könnte sich vorstellen, dass Menschen glauben, dass das Abhören von Telefonaten und das Überwachen des email-Verkehrs zu einer Reduzierung terroristischer Aktivitäten geführt haben könnten. Dabei gab es in Wirklichkeit andere Ursachen: zum Beispiel dass die Kommunikation auf anderem Wege stattgefunden hat. Wenn Politiker, wie sie es typischerweise tun, den Erfolg ihrer Anti-Terrormaßnahmen als kausal erscheinen lassen und ihnen dies fälschlicherweise geglaubt wird, so kann es sehr wohl möglich sein, dass Bürger extreme Abhörmaßnahmen unterstützen würden. Ein

³³⁰ Isensee, S. 225f. Auch der Sachverständige Robbers meinte, den Abschuss aufgrund grundgesetzdogmatischer Bedenken nicht zu erlauben sei eine „Einladung für jeden Straftäter und jeden Terroristen, möglichst viele Flugzeuge zu entführen, weil sie nicht abgeschossen werden dürften.“ Innenausschuss-Protokoll, Anhörung, S. 43.

slippery slope zum Abhörstaat wurde durch eine falsche Bewertung gesetzlicher Maßnahmen in Gang gesetzt.

5. Fazit

Als Fazit kann man also zusammenfassen, dass slippery slopes besonders häufig zu erwarten sind,...

1. wenn wichtige Begründungen falsch rezipiert werden und somit in Kontexten verwendet werden, die ursprünglich nicht vorgesehen waren.
2. wenn einem Sachverhalt sehr viele Begründungen zugrunde liegen und nicht klar unterschieden wird, welche Begründungen ausschlaggebend für den Sachverhalt waren und welche lediglich nebensächlich sind.
3. wenn nicht antizipiert wird, dass Nuancen in einer heutigen Debatte mit größter Wahrscheinlichkeit zukünftig in Vergessenheit geraten werden.
4. wenn Verantwortungsträger desensibilisiert sind, weil ein sie schützendes Gesetz das Ausmaß des Gewissenskonflikts verringert.
5. wenn Bürger nicht unabhängig über einen neuen Sachverhalt nachdenken und stattdessen Analogien hervorbringen, welche selbst nicht hinterfragt werden.
6. wenn hinreichend viele Leute gleichgültig gegenüber einem Thema sind oder sich inkompetent ihm gegenüber fühlen.
7. wenn Bürger ihrer Regierung zu sehr vertrauen.
8. wenn Bürger eher pragmatisch als ideologisch sind.
9. wenn ein Sachverhalt im Lichte von Extremata verglichen wird und dadurch vermeintlich moderat erscheint.
10. wenn einem Sachverhalt fälschlicherweise zu viel Positives in der Bewertung zugeschrieben wird, weil man alternative Ursachen ignoriert.

Es ist zum Schluss jedoch anzumerken, dass jedes der slippery slopes in die gegenteilige Richtung gehen könnte. Nicht nur die Aufrechterhaltung eines Gesetzes könnte zu slippery slopes führen, sondern ebenso auch das Kippen eines Gesetzes. Wie Schauer es einst ausdrückte: „[I]n virtually every case in which a slippery slope argument is made, the opposing party could with equal formal and

linguistic logic also make a slippery slope claim.³³¹ Folgende Szenarien/ Einwände sind daher denkbar:

- So ist es eventuell gut, dass manchmal Urteile in ihrem Kontext erweitert werden.³³² Schließlich kann man nicht immer wissen, ob frühere Richter, wenn sie heute den Fall entscheiden müssten, bei ihrer Entscheidung blieben: so könnte man glauben, dass die Bundesverfassungsrichter, die im März 2005 das Luftsicherheitsgesetz für nichtig erklärt haben, eventuell eine andere Einschätzung gegeben hätten, wüssten sie, dass im Jahre 2011 solche Flugzeugentführungen an der Tagesordnung stehen und tausende Menschen gestorben sind, weil sich die Bundesregierung in den ersten Fällen dieser Entführungen auf das 2005-Urteil beruft und vom Abschuss absieht. In diesem Fall trüge das Bundesverfassungsgericht eine gewisse moralische und rechtliche Verantwortung für die unterlassene Hilfeleistung.³³³
- Man könnte sich auch vorstellen, dass es zu einer Entführung kommt, das Flugzeug abgeschossen wird und sich anschließend herausstellt, dass es sich hierbei um einen Einschätzungsirrtum seitens des Piloten handelte. Der Verteidigungsminister, der dem Soldaten vage geraten hat, „das Flugzeug abzuschießen, wenn sein Gewissen ihm das erlaube“, leugnet jede Verantwortung und wird nicht für den Fehler zur Rechenschaft gezogen, während der Soldat als Krimineller den Rest seines Lebens in Einzelhaft verbringt.
- Indem das Gesetz für verfassungswidrig erklärt würde, könnten auch Entscheidungsträger so sehr abgeschreckt sein, dass sie nicht bereit sind, das

³³¹ Schauer, S. 381.

³³² Schauer, S. 371f.

³³³ So schreibt Isensee: „Der Staat schuldet nicht bloße Bemühung um den Schutz des Lebens. Er schuldet Erfolg. Eine wirksame Wahrnehmung der Schutzpflicht, die gegenüber dem Einzelnen wie gegenüber der Gesamtheit aller Bürger besteht, setzt voraus, „dass die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls angemessen zu reagieren.“ [Zitat vom Urteil zum Schleyer-Fall] Eben diese Reaktionsfähigkeit wird mit der Tabuierung des Abschusses beseitigt, die Exekutive durch Verfassungsinterpretation gelähmt. Wenn sie im Ernstfall die tatsächlich mögliche Rettungsmaßnahme aus Rechtsgründen unterließe und die Bevölkerung der Flugzeugkatastrophe auslieferte, um ihr gutes Verfassungsgewissen zu wahren, träge die volle rechtliche und moralische Verantwortung für das Unheil das Bundesverfassungsgericht.“ S. 229.

Flugzeug jemals abzuschießen. Dies könnte zur Katastrophe führen, hätte das Flugzeug einen Atomreaktor zum Ziel.

- Wenn es häufig genug zu einem Flugzeugabschuss käme und die ausführenden Soldaten niemals dafür bestraft würden, würden die Bürger glauben, das positive Gesetz hätte keine Gültigkeit mehr, weil es nicht angewendet wird. Dies würde zu Legitimationsschwierigkeiten führen und wäre für jede Demokratie schädlich.³³⁴

Slippery slope-Szenarien, die entstehen könnten, wenn das Luftsicherheitsgesetz nicht besteht, könnten beliebig fortgeführt werden. Es ist jedoch zu konstatieren, dass slippery slopes in mehrere Richtungen mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten führen können.

Im nächsten Kapitel, dem Ausblick meiner Arbeit, werde ich diskutieren, ob das Szenario im Luftsicherheitsgesetz regelungsbedürftig war. Dieses hängt, wie in der Einleitung erwähnt, von vielen normativen Faktoren ab, z.B. wie man die Kosten und Nutzen gegeneinander abwägt. Jede gesetzliche Regelung, sowie jede gesetzliche Nichtregelung hat Folgen, die in Form von slippery slope Erscheinungen auftreten. Darüberhinaus gibt es aber auch Nutzen, die wir in Kap. B.I. besprochen haben, wie z.B. Transparenz, die mittels Gesetzen geschaffen wird oder Flexibilität, die durch das Offenlassen einer gesetzlichen Regelung gegeben ist. Zu dieser Gleichung kommen, neben dem slippery slope, weitere Faktoren hinzu.

Diese Diskussion soll paradigmatisch für das größere Problem sein, vor welchem rechtsstaatliche Gesellschaften heute stehen: ob – und wenn ja – unter welchen Bedingungen Notstandslagen gesetzlich ex ante geregelt werden sollen. Hierbei werde ich versuchen, eine Ökonomie des Rechts zu skizzieren, die der allgemeinen

³³⁴ So auch Ladiges, S. 395f: „Vielmehr birgt die Konstruktion eines „rechtsfreien Raumes“ oder die Berufung auf überpositive Notrechte die Gefahr einer Abschwächung des Rechtsstaates in sich, da der Staat faktisch dazu gezwungen wird, an den Grenzen der Illegalität zu handeln. (...) Es ist (...) zu befürchten, dass die Exekutive nicht nur [nicht, sic!] in einem rechtsfreien Raum handeln wird – denn von einer rechtlich nicht bewertbaren Materie kann nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr die Rede sein –, sondern sich auch offen über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinwegsetzen wird. Ein solches Vorgehen gefährdet den demokratischen Rechtsstaat in einem weitaus erheblicheren Maße als die Normierung einer begrenzten Ausnahmeregelung.“

Frage nachgeht, ab wann es Sinn macht, etwas gesetzlich zu regeln.³³⁵ Dieser Versuch wird notwendigerweise unzureichend sein; allerdings ist es angesichts unserer politischen Realität an der Zeit, dass diese Frage systematisch diskutiert wird.

IV. Zusammenfassung des Teil II

In diesem Kapitel wurde die institutionelle Frage erörtert, wie ein Rechtsstaat mit Notlagen umgehen kann. Hierbei wurden vier Möglichkeiten anhand von rechtstheoretischen Modellen analysiert: 1. der Staat könne sich stur ans Gesetz halten, auch wenn dieses die Existenz des Staates aufs Spiel setzen würde, 2. er könne das Gesetz vollkommen ignorieren, 3. er könne das Gesetz ex ante modifizieren oder 4. er könne das Gesetz brechen, im Wissen, dass er hierfür ex post Verantwortung übernehmen müsse. Die ersten zwei Modelle wurden verworfen, da sie weltfremd bzw. unrechtsstatlich sind. Sie ignorieren das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit, vor dem rechtsstaatliche Staaten in Notsituationen gestellt sind. Zwischen den restlichen beiden Modellen bestand eine Pattsituation: das dritte Modell hatte den Vorteil, dass es einen Kompromiss einging, indem es der Regierung die Möglichkeit gibt, eine Notlage zu beheben, ohne das Gesetz brechen zu müssen. Somit ergab sich politische Transparenz, die oftmals in Notlagen fehlt. Andererseits schien das dritte Modell zu flexibel und prinzipienlos zu sein. Das vierte Modell, welches das Gesetz nicht modifiziert, scheint dieses Problem zu lösen, indem es verlangt, dass der in der Not Handelnde persönliche Verantwortung für seinen Gesetzesbruch übernehmen müsse. Da jedoch in diesem Modell keine Instanz vorliegt, die ein solches Geständnis garantiert, fehlt diesem Modell die nötige Transparenz.

Um festzustellen, welches Modell für den Kontext des Luftsicherheitsgesetzes geeigneter ist, wurde die Gültigkeit von slippery slope-Argumenten eingehend untersucht. Hierbei wurde konstatiert, dass slippery slopes in beiden Modellen zu erwarten sind und dass es letztendlich eine policy-Frage ist, welches Modell man im Falle des Luftsicherheitsgesetzes verwenden will. Welche policy-Überlegungen es sind, die uns entweder zum dritten oder vierten Modell verleiten, um mit solchen Notlagen umzugehen, soll im folgenden Ausblick untersucht werden.

³³⁵ Eine der wenigen Denkschulen, die diese Frage gestellt haben, ist Law and Economics, nach dem ein Gesetz berechtigt ist, wenn es den Wohlstand der Gesellschaft maximiert. Vgl. Posner, „Economic analysis of Law“. Siehe Dershowitz, „Visibility and Discourse as Essential to Democracy“, Albany Law Rev. (2008); Scalia, „Rule of Law as Law of Rules“, Chicago L. Rev. 56 Nr. 4 (Herbst 1989), S.1187.

Ausblick

1. Schlussbemerkungen

Nachdem wir sowohl die substantielle Frage diskutiert haben – ob das Luftsicherheitsgesetz moralisch und rechtlich legitim war (Teil I) – als auch auf die institutionelle Frage eingegangen sind, welche Gesetzesmodi es gibt, Notstände zu regeln (Teil II) – ist es nun an der Zeit zu fragen, ob wir das Luftsicherheitsgesetz „gebraucht hätten.“ Diese Frage knüpft an die abstrakte rechtstheoretische Frage an, ob und falls ja – unter welchen Umständen es nötig ist, Gesetze zu haben, welche seltene Ausnahmestände regeln sollten. Diese Frage würde ein abschließendes Bewertungskriterium geben, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu beurteilen.

Wie ich in den vorigen Kapiteln versucht habe zu verdeutlichen, muss die Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz auf mehreren Ebenen geführt werden. Es ist eine Sache, das Gesetz für moralisch und rechtlich akzeptabel zu halten. Es ist jedoch eine andere, ob eine solche Akzeptanz es rechtfertigt, eine solche Maßnahme gesetzlich zu regeln. Wie die Diskussion um die verschiedenen Gesetzesmodi veranschaulichte, hängt die Frage, ob wir ex ante oder ex post mit Notständen umgehen sollten, wesentlich von der empirischen Frage ab, welche slippery slopes wir mit der jeweiligen Entscheidung in Gang setzen.

Es stellte sich in unserem Kontext zweierlei heraus: zum einen, dass slippery slopes sowohl mit als auch ohne gesetzliche Regelungen eintreten können. Zum anderen, dass die Besorgnis bezüglich der slippery slopes im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes nicht berechtigt erscheinen. Aber auch wenn diese Befürchtungen sich als unberechtigt herausstellen, wissen wir immer noch nicht, ob es notwendig ist, einen solchen Ausnahmestand gesetzlich zu regeln. Auch wenn die Erkenntnisse aus diesen beiden Teilen von fundamentaler Bedeutung waren, so müssen zu einer Bewertung dieser Frage weitere Faktoren berücksichtigt werden. Was diese sind, wird im Folgenden diskutiert.

Wie in der Einleitung der Arbeit erwähnt, benutzte ich die Debatte um das Luftsicherheitsgesetz lediglich als Prisma, durch welches ich über das Verhältnis von Recht, Moral und Notständen im Allgemeinen zu diskutieren gedenke. Folglich werde ich nicht nur darauf eingehen, ob die Existenz eines Luftsicherheitsgesetzes

notwendig ist, sondern darüber hinaus eine weitaus schwerwiegendere Frage zu beantworten suchen: Unter welchen Umständen ist es nötig, Ausnahmesituationen durch Recht und Gesetz regeln zu wollen?

Eine solche Diskussion kann zu scheinbar paradoxen Ergebnissen führen: so kann jemand argumentieren, dass er dem Bundesverfassungsgericht widerspricht, weil er das Luftsicherheitsgesetz moralisch und rechtlich legitim findet, er das Urteil jedoch schlussendlich begrüßt, da er glaubt, dass wir ein solches Gesetz nicht in unsere Rechtsprechung aufnehmen müssen, weil beispielsweise die Seltenheit des Falles ein Gesetz nicht rechtfertigen würde.

Andere Kontexte können umgekehrte Ergebnisse zur Folge haben: man kann ein Gesetz im Hinblick auf die substantiellen Bedenken ablehnen, jedoch aufgrund prozeduraler Bedenken eine gesetzliche Regelung befürworten.³³⁶ Ist eine solche Position widersprüchlich? Impliziert nicht die formelle Befürwortung einer gesetzlichen Regelung, dass wir den Inhalt eines solchen Gesetzes befürworten? Diese Frage – ob es möglich ist, die substantielle von der prozeduralen Ebene der Debatte so scharf zu trennen, wie ich es bisher getan habe – wird am Ende der Arbeit zu diskutieren sein.

Doch nun wende ich mich vorerst der etwas leichteren Frage zu: Ob man in den Fällen, in denen die substantielle Ebene zustimmungswürdig erscheint und keine slippery slopes zu befürchten sind, eine prozedurale Regelung befürworten sollte. Dies ist natürlich der Fall im Luftsicherheitsgesetz, dessen Bewertung wir uns nun widmen.

³³⁶ So argumentieren im Kontext der Abtreibung einige, dass sie keine Meinung darüber haben, was die substantielle Frage angeht, ob ein Fötus menschliches Leben ist und daher die gleichen Rechte wie andere Menschen genießt. Dennoch befürworten sie letztlich ein gesetzliches Recht auf Abtreibung. Sie glauben, dass unabhängig von der moralischen Bewertung zum Thema Frauen, die eine Abtreibung wünschen, ohnehin dieses machen werden. Daher sei es wünschenswert, dieses gesetzlich zu erlauben, da wir ohne ein solche gesetzliche Regelung in einer schlechteren Welt leben würden: nämlich in einer, wo Frauen illegal Abtreibung suchen und sich größeren Gesundheitsrisiken unterwerfen. Im Kontext um die Legalisierung der Folter wurde ähnlich argumentiert: so schrieben einige, dass sie zwar Folter normativ ablehnen, jedoch sie der Ansicht sind, dass in gewissen Umständen es unausweichlich ist, dass gefoltert wird. Wenn dieses ohnehin geschehe, wäre es besser, Folter durch Gesetze zu regulieren, welche diese schreckliche Praxis kontrollierten und somit reduzierten. Andernfalls würden wir in einer schlechteren Welt leben: einer, in der unter Ausschluss der Öffentlichkeit hemmungslos gefoltert wird. Vgl. Dershowitz, „Tortured Reasoning“

2. Brauchen wir das Luftsicherheitsgesetz?

Wie bereits diskutiert wurde, ist das Beispiel der Flugzeugentführung sowohl gut als auch schlecht. Es ist gut, sofern es im Vergleich zur Folterdebatte verhältnismäßig einfach ist, zu argumentieren, dass der Abschuss moralisch und rechtlich legitim ist. Dies hängt damit zusammen, dass die unschuldigen Opfer im Flugzeug nicht als Mittel zum Zweck benutzt werden, was der Intuition der meisten Menschen in diesem Kontext entspricht.³³⁷ Desweiteren haben wir es mit einem Fall zu tun, der in der Realität so vorkam. Es wird, anders als beim ticking-bomb-Szenario, an dem das Problem der Folter häufig illustriert wird, nach dem 11. September 2001 keiner leugnen, dass eine solche Flugzeugentführung realistisch ist.

Aber es gibt zwei Faktoren, die das Szenario im Luftsicherheitsgesetz als schlechte Fallstudie darstellen: Erstens, so lange die Wahrscheinlichkeit einer Flugzeugentführung auf deutschem Boden – bzw. in deutscher Luft – äußerst gering ist, ist das Luftsicherheitsgesetz eine schlechte Fallstudie, durch dessen Prisma wir Notstände überprüfen.³³⁸

Das heißt jedoch nicht, dass eine solche Diskussion völlig nutzlos ist. Terrorangriffe werden auch in Zukunft geschehen. Solche Angriffe müssen nicht notwendigerweise

³³⁷ Das erklärt auch m. E. die Stille in der Debatte. Stein vermutet, sie habe mit politischer Ignoranz und Indifferenz seitens der Gesellschaft zu tun: „Wäre dieses Gesetz in den sechziger oder siebziger Jahren verabschiedet worden, so wäre Deutschland wahrscheinlich um eine weitere gesellschaftspolitische Diskussion inklusive politischen Diskurses und revolutionärer anmutender Gegenbewegung reicher gewesen. 2004 und 2005 gibt es wenige, kurze Zeitungsmeldungen und ein paar Artikel in einschlägigen juristischen Zeitschriften; keine ausserparlamentarische Opposition, keine öffentliche Debatten, noch nicht einmal eine Grundsatzdiskussion über eines der Themen, das lange in der Bundesrepublik Deutschland die Gemüter wie kaum ein anderes bewegt: den Einsatz der Bundeswehr im Innern.“ Stein, S. 85f.; und auch Merkel findet, „dass die neue Regelung [durch § 14. 3 LuftSiG] im weiten Raum der öffentlichen Meinung ohne jedes Echo geblieben ist, in Kommentaren und Leitartikeln nicht die leiseste Irritation ausgelöst hat, nachgerade unglaublich.“ Merkel, Wenn der Staat Unschuldige opfert“, Die ZEIT v. 8.07.2004, Nr.29. An politischer Gleichgültigkeit kann die Stille alleine jedoch nicht gelegen haben. So wurde schließlich weder in der Bundestagsdebatte noch im Gesetzesentwurf selbst auf die moralische Legitimation des Abschusses eingegangen. Vgl. Ladiges, S. 309. Auch in der nach 2005 erschienenen Literatur zum Thema wurde der Einsatz der Bundeswehr sehr viel ausgiebiger diskutiert als die Frage, ob die Tötung Unschuldiger moralisch legitim sei. All dieses legt nahe, dass die Stille um diese Frage wohl eher damit zu erklären sei, dass es unserer moralischen Intuition entspricht.

³³⁸ So hat auch Roxin bemerkt, dass Fälle, wo ein Lebensnotstand auftritt, so unwahrscheinlich sind, dass sie „unter rechtsstaatlichen Voraussetzungen undenkbar“ seien. Roxin, AT §22 Rn. 158. Diese Behauptung ist nach dem 11. September 2001 offensichtlich obsolet. Dennoch ist es wahr, dass solche Fälle sehr selten vorkommen.

in Form von Flugzeugentführungen stattfinden. Aber dennoch können sie welche sein, die grundlegende Parallelen zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes aufzeigen.³³⁹

Neben der Häufigkeit eines Szenarios, spielen zur Bewertung der Frage, ab wann etwas gesetzlich geregelt werden muss, zweitens auch andere Faktoren eine große Rolle: vor allem die der slippery slopes.

Ich behauptete, dass eine Beantwortung dieser Frage von vielen Faktoren abhängt, z.B.

- was A und B jeweils ist
- wie notwendig A ist, d.h. wie wahrscheinlich und regelungsbedürftig der Fall ist, den A regeln soll
- wie schlimm B relativ zum Nutzen von A ist
- welche Mechanismen A zu B führen könnten
- wie diese Mechanismen bekämpft werden könnten

³³⁹ Folgende Beispiele sind vorstellbar: “Were a highly contagious and deadly virus to be transmitted through the air filtration (or air-conditioning or heating) system of a large, fully occupied skyscraper (such as The Empire State Building), a terrible choice-of-evil problems would be presented. Should the building be sealed off and all of the people in it quarantined (at least until they could be tested)? If the decision to do so were to be the best public health response to the crisis, there would be no legal basis, under any specific statute, for issuing and enforcing such an order, especially against those who would argue that they have not yet been exposed to the virus, but who reasonably fear exposure if required to remain in quarantine alongside exposed and contagious individuals.” Dershowitz, Preemption, S. 144. „Deckt damit die Zuverlässigkeitsprüfung schon heute weite Teile der Bevölkerung ab und ist eine Erweiterung dieses Personenkreises bereits abzusehen, so würde eine Grenzziehung zur Allgemeinheit vollends unmöglich werden, wenn der internationale Terrorismus sich noch stärker als bisher darauf besänne, die vielen anderen sensiblen Lebensbereiche neben der Luftfahrt ins Visier zu nehmen, die heutzutage noch weitgehend ungeschützt sind und deren Gefährdungspotential wohl auch durch Sicherungsmaßnahmen nicht – oder nur um den Preis ihrer Abschaffung – auf einem akzeptablen Niveau gehalten werden kann. Man denke nur an die Höchstgeschwindigkeitsstrecken der Bahn, die Unmöglichkeit, sie über Hunderte von Kilometern zu schützen, und das Angewiesensein dieses Systems auf eine hoch entwickelte und ständig funktionierende Technik. Der Sicherheitsapparat, der nur ansatzweise in der Lage wäre, dieses System zu schützen, ist kaum vorstellbar, ebenso wenig wie der Kreis der Personen, die sich – wollte man die Standards der Luftfahrt auf diesen Bereich übertragen – einer Zuverlässigkeitsüberprüfung unterziehen müsste. Die Geiselnahme von mehr als eintausend Personen (die meisten von ihnen Kinder) in einer Schule im russischen Beslan im August 2004 konnte nur auf diese unmenschlich effektive Weise durchgeführt werden, weil als Bauarbeiter angeheuerte Terroristen bereits monatelang zuvor Bomben und Granaten in der Schule platziert hatten. Sollen sich künftig auch Bauarbeiter einer Zuverlässigkeitsüberprüfung unterziehen müssen? (...). Dies alles führt zudem zu der Schlussfolgerung, dass ein akzeptabler objektiver Sicherheitsstandard nicht nur faktisch schwierig zu erreichen ist, sondern dass allein der Versuch an die Grundlagen der freiheitlichen westlichen Verfassungen rührt: Solange Zuverlässigkeitsüberprüfungen nur Teile der Bevölkerung betreffen und andere freiheitsbeschränkende Maßnahmen lediglich punktueller Natur sind, mag man dies alles noch als Ausnahme von der Regel empfinden. Es scheint allerdings derzeit nur von der perversen Phantasie der Terroristen, ihrem Durchsetzungswillen und ihren strategischen und organisatorischen Fähigkeiten abzuhängen, ob aus der Summation der vielen und anscheinend unaufhaltsam zunehmenden Ausnahmen unversehens eine neue Regel wird. Unabhängig davon, ob die westlichen Gesellschaften und Wirtschaften dann noch formal funktionieren würden, hätte der Terrorismus sein wichtigstes Ziel erreicht: Die Verformung der Idee von Freiheit und Selbstbestimmung des Individuums bis zur Unkenntlichkeit.” Giumulla, S. 21.

- ob A alternativlos ist
- ob die Wahrscheinlichkeit von B durch Zusatzbedingungen in A minimiert werden könnten.

Oder einfacher ausgedrückt: man nehme die Vor- und Nachteile der slippery slope-Szenarien der jeweiligen Seite der Debatte und wäge ihren Gesamtnutzen ab.³⁴⁰

Natürlich sind viele dieser Fragen keineswegs normativ neutral. Fragen, wie z.B. für wie regelungsbedürftig wir etwas halten oder für wie schlimm wir einen erwarteten Nebeneffekt bewerten, setzen natürlich eine moralische Bewertung voraus. Andere, vermeintlich empirische Fragen setzen auch moralische Bewertungen voraus: z.B. ob A alternativlos davon abhängt, welche Alternativen wir für akzeptabel halten. Auch dies ist eine Frage der praktischen Philosophie. Was diese Fragen jedoch tun, ist uns eine Checkliste zu geben, an der wir uns orientieren können.

Wendet man diese Faktoren für unseren Fall an, ergibt sich folgendes Bild: auch wenn es schlussendlich nicht der Fall ist, dass wir durch eine Legalisierung des Abschusses morgen Folter legalisieren werden, so gibt es auf der Gegenseite kaum slippery slope Szenarien, die es nötig erscheinen lassen, dass der Abschuss legalisiert werden muss. Es wurde in der Diskussion um das Kompromissmodell immer darauf hingewiesen, dass, wenn wir ein Szenario nicht gesetzlich regeln, die Regierung das Gesetz ohnehin brechen wird und die Öffentlichkeit von diesem Gesetzbruch nicht erfahren wird. Daher wäre es angesichts dieser Alternative vorteilhaft, Transparenz zu schaffen und ein Szenario gesetzlich zu regeln.

Aber der Fall eines Flugzeugabschusses ist nicht so ein Fall. Es ist praktisch unmöglich für eine Regierung in einer „offenen Gesellschaft“ eine solche Maßnahme geheim zu halten.³⁴¹ Wir reden schließlich nicht von Folter, die in versteckten Kammern an Terroristen angewendet wird, sondern von einem Flugzeugunglück inmitten einer dicht besiedelten Großstadt. Sofern die Bevölkerung von dem Abschuss in jedem Falle erfahren wird – ob er nun gesetzlich ex ante geregelt ist oder nicht – ist die slippery slope Befürchtung auf der Seite des Kompromissmodells nicht gravierend. Natürlich wäre es transparenter, ein Gesetz

³⁴⁰ Lode, S. 1523ff.

³⁴¹ Das Beispiel von Tschernobyl zeigt, dass selbst „geschlossene Gesellschaften“ kaum in der Lage sind, ihrem Volk Katastrophen vorzuenthalten. Zum Konzept von „offenen“ und „geschlossenen Gesellschaften,“ siehe Karl Popper, „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“.

im Vorhinein zu erlassen. Aber auch wenn nur die geringste Möglichkeit bestünde, dass ein solches Gesetz zur Relativierung der Menschenwürde führen könnte,³⁴² scheint die Gefahr diesen Vorteil, der eine gesetzliche Regelung mit sich brächte, bei weitem aufzuwiegen. Und ferner ist es ja keineswegs so, dass allein ein Gesetz es ermöglicht, dass der Soldat, sollte er zur Waffe greifen, nicht dafür ungerechtfertigt bestraft würde. Das Recht kennt, wie bereits diskutiert wurde³⁴³, durchaus Möglichkeiten, in solchen Fällen die Tat zu entschuldigen oder den Täter zu begnadigen.

Aufgrund dieser zwei Nachteile – die geringe Häufigkeit des Abschusses und die Unwahrscheinlichkeit, einen solchen Abschuss der Öffentlichkeit vorzuenthalten – würde ich persönlich das Luftsicherheitsgesetz für überflüssig halten. Mit anderen Worten, die slippery slope Befürchtungen der Befürworter des übergesetzlichen Modells, obgleich sie noch so übertrieben sind, wiegen für mich schwerer als die Befürchtungen der Befürworter des Kompromissmodells. Das ist aber nur meine persönliche konservativ-liberale Präferenz. Ich habe größtes Verständnis für die Position der damaligen Regierungsparteien, solche Fälle möglichst geregelt zu haben, denn in den meisten Fällen würde ich auch die Notwendigkeit, staatliches Handeln zu begrenzen und transparenter zu machen, unterstreichen. Insofern handelt es sich hierbei um eine Ausnahme, sodass ich mit dem Ergebnis des Bundesverfassungsgerichtes übereinstimme, obgleich ich seine substantielle Begründung ablehne.

3. Eine skizzenhafte Theorie über die Notwendigkeit von Recht

In anderen Szenarien wird die Beurteilung hingegen anders ausfallen müssen: wenn wir es nicht mit einer für die Öffentlichkeit sichtbaren Anti-Terrormaßnahme zu tun hätten, wie z.B. Folter in ticking-bomb-Szenarien, würden die slippery slope

³⁴² Hierbei benutze ich die Heuristik, dass ich hypothetischerweise annehme, die slippery slope Befürchtung sei stichhaltig. Dies tue ich, um zu sehen, wie eine solche Welt aussähe. Lode beschreibt diese Heuristik wie folgt: „By thinking about prospect of allowing B, we can consider a case in which some of the problems of allowing A are accentuated or exaggerated, and thus more fully brought to light. Such consideration can give us grounds for resisting A, even if we can draw a rationally defensible line along the slope and think that it is extremely unlikely that allowing A would lead to a highly objectionable state of affairs. Thus, even if we are skeptical of the literal claims of an [slippery slope argument], considering the bottom of the slope can still provide grounds for resisting the case at the top.“, Lode, S. 1531 f.

³⁴³ Siehe oben S. 112f.

Befürchtungen andere sein. Es treten noch eine Menge weiterer Faktoren hinzu, die zur Beantwortung dieser Frage, wann wir mit einer Gefahr ex ante oder ex post umgehen sollten, von Bedeutung sind. Zum Schluss sei folgende unvollständige Liste von abstrakten Faktoren skizziert:

- **Möglichkeit des Szenarios:** die Frage, ob man ein Szenario per Gesetz regeln sollte, stellt sich allein dann, wenn dieses Szenario möglich ist. Es wäre unsinnig von der Legislative etwas Unmögliches regeln zu wollen. Dabei muss es sich nicht um logische Unmöglichkeit, sondern nur um die reale Unmöglichkeit handeln, z.B. Krankenversicherungsbeiträge für Menschen über 170 Jahre. Dieser Punkt ist nicht völlig trivial, denn der Umkehrschluss ist von Bedeutung: wenn ein Szenario geregelt wird, dann ist dieses möglich. Insofern das Gericht den Abschuss einer entführten Passagiermaschine verbietet, erkennt es die Möglichkeit an, dass dieses Szenario möglich ist. Somit setzt jedes Nicht-Sollen ein Können voraus.

- **Möglichkeit, das Gesetz zu befolgen:** das bekanntere Diktum, dass jedes Sollen ein Können voraussetzt, ist ebenfalls wahr. Jedes Gesetz, welches die menschliche Natur ignoriert, wird scheitern. Genau aus diesem Grunde scheitern in den USA Sodomiegesetze, Gesetze gegen Masturbation, Alkoholkonsum, etc. Das heißt nicht, dass der Gesetzgeber der menschlichen Natur nachgeben muss und alle natürlichen Instinkte erlauben sollte: nach dieser Logik müsste auch Vergewaltigung legalisiert werden, stellte sich heraus, dass Männer eine solche natürliche Veranlagung gegenüber Frauen haben.³⁴⁴ Ein solches Denken käme einem Hume'schen Fehlschluss gleich, nach dem man von einem deskriptiven Ist-Zustand einen normativen Soll-Zustand ableitet. Dennoch darf die Möglichkeit, ein Gesetz zu befolgen, nicht ausgeblendet werden.

- **Antizipierbarkeit und Kontrolle:** Ein verwandter Punkt ist, das, was wir gesetzlich geregelt wissen wollen, innerhalb unserer Antizipierbarkeit und Kontrolle liegt. So ist es beim Fall der Flugzeugentführung ohne Zweifel wahr, dass es viele Unsicherheiten in einem solchen Szenario geben wird, dennoch können wir ein solches Szenario antizipieren. Die Ereignisse vom 11. September 2001 erlauben es, uns eine solche Attacke vorzustellen und auf diese zu reagieren. Diese Erfahrung

³⁴⁴ Für eine solche Sichtweite, siehe z.B. die Studien des Sexualforschers Ellis Haveloch.

gestattet es uns gleichermaßen auf ähnliche Szenarien zu reagieren, die in der Form noch nicht stattgefunden haben, wie z.B. ein Flugzeug, das gegen ein Atomkraftwerk gerichtet ist. Dies ist ein wichtiger Punkt, da er suggeriert, dass Terrorattacken, wie die am 11. September 2001 „normale Ausnahmesituationen“ sind und keine „außergewöhnliche Ausnahmesituation“, d.h. eine, die man im Vorhinein nicht antizipieren konnte. Wenn eine solche Situation aufkommt, dann ist sie in der Tat außerhalb unserer Antizipation und Kontrolle und damit außerhalb dessen, was wir gesetzlich regeln können.³⁴⁵ Eine solche Regelung kann (und muss) auf verschiedenen Abstraktionsebenen liegen. Kann ggf. nicht geregelt werden, *was* geschehen soll, so könnte zumindest geregelt werden, *wer* autorisiert werden soll, diese Entscheidungen zu treffen.³⁴⁶ Insofern gehören Terroranschläge, welche den „normalen Ausnahmesituationen“ zuzuordnen sind, nicht zu dem Bereich, über den wir legitimerweise sagen können „Not kennt kein Gebot.“ Auch dass wir es mit dem Abwägen von Menschenleben zu tun haben, macht es nicht notwendigerweise zu einer „außergewöhnlichen Ausnahmesituation,“ die nicht regelbar ist, wie wir aus anderen Bereichen wissen: bei der sog. Triage aus der Notfallmedizin sehen wir ein weiteres Beispiel, in dem ein vermeintlicher Notfall genauestens geregelt wird – auch wenn es sich dabei um vermeintliches Abwägen von Menschenleben handelt.

- **Häufigkeit des Szenarios:** Wie wir in Teil II konstatiert haben, argumentieren seit Aristoteles einige Rechtstheoretiker, dass Gesetze nur den Normalfall und nicht die Ausnahme regeln sollen. Und wenn die Ausnahme geregelt wird, dann könne nur die „normale Ausnahmesituation“ und nicht die „außergewöhnliche Ausnahmesituation“ geregelt werden. Wann diese „normalen Ausnahmesituationen“ geregelt werden sollen, hängt zweifelsohne von der Häufigkeit des Szenarios ab. So kann man im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes argumentieren, dass es sich einfach nicht lohne, ein Gesetz zu haben, welches ein Szenario regeln soll, welches zwar antizipierbar ist, jedoch so selten stattfindet. Wenn ein Szenario extrem häufig stattfindet, wie z.B. Abtreibungen, dann bestehe eine größere Notwendigkeit einer gesetzlichen Regulierung.

³⁴⁵ Das sind wohlgerne zwei unterschiedliche Faktoren, wie das folgende Beispiel suggeriert: ein Erdbeben ist eventuell antizipierbar, aber nicht innerhalb unserer Kontrolle.

³⁴⁶ Schmitt, „Politische Theologie“, S. 12

- **Normative Bewertung des Szenarios:** Auch wenn der Fall der Flugzeugentführung erheblich seltener auftritt als Abtreibungen, so ist die Häufigkeit alleine noch kein Grund, das Szenario nicht zu regeln. Es gibt schließlich eine Vielzahl an Regulierungen, die nur sehr seltene Fälle betreffen. Ein Beispiel hierfür wären Regulierungen bezüglich Kriegsführung. Im Gegensatz zu dem, was das Sprichwort „(...)im Krieg gibt es keine Regeln“ suggeriert,³⁴⁷ gibt es für Kriegsführung eine Vielzahl an Gesetzen, Richtlinien und Provisionen. Der Grund hierfür liegt wohl an unserer Haltung zu diesen Szenarien. Diese kann wiederum durch weitere Faktoren beeinflusst werden, wie z.B. das Ausmaß des Szenarios, die Wahrscheinlichkeit, dass das Szenario eintritt oder die zeitliche Nähe des bevorstehenden Eintritts.³⁴⁸ Auch aus moralischen Gründen mag eine gesetzliche Regelung angebracht sein: man könnte argumentieren, dass es unverantwortlich wäre, Soldaten im Krieg ohne Richtlinien zu lassen – gerade in Fällen, in denen eine einfache Antwort nicht existent zu sein scheint. Manchmal ist auch ein Gesetzeserlass aus policy-Gründen vernünftig, weil es kaum eine attraktive Alternative gibt. Das Beispiel der gesetzlichen Regelung zur Organallokation macht deutlich, dass wir, obwohl wir es hier mit einem Fall von Not zu tun haben, Richtlinien haben, welche genau vorschreiben, in welcher Reihenfolge die Organe verteilt werden. Es wäre aus mehreren policy-Gründen unratsam, solche Entscheidungen auf einer ad-hoc Basis zu treffen, da dies zu Korruption, ineffizienten Allokationen, etc. führen würde. Was auch immer der Grund sein mag, wenn Menschen ein Szenario geregelt sehen wollen, spielt die Häufigkeit des Szenarios keine entscheidende Rolle.

- **Normative Bewertung der Handlung:** Noch spielt es eine entscheidende Rolle, inwieweit eine gesetzliche Regelung eines Szenarios zu Missbrauchsmöglichkeiten führt. Wie wir gesehen haben, ist die Diskussion um einen möglichen slippery slope ein wesentlicher Punkt in der Debatte, ob wir uns für ein Kompromiss- oder Differenzierungsmodell entscheiden. Aber es ist kein hinreichender Grund: schließlich besteht eine slippery slope Gefahr in vielen Gesetzen. Und selbst wenn diese Gefahr eine relativ große ist, hält diese uns nicht davon ab, Gesetze zu beschließen, die eine slippery slope Gefahr in sich bergen. So

³⁴⁷ John Lyly, Euphues, 1578. Das vollständige Sprichwort ist: “The rules of fair play do not apply in love and war”.

³⁴⁸ Die Wahrnehmung dieser Faktoren kann natürlich sehr subjektiv und fehlerhaft sein. Vgl. Cass Sunstein, “Worst Case Scenarios,” Cambridge, Harvard University Press, 2007.

kann z.B. das Recht auf Selbstverteidigung zu Missbrauchsmöglichkeiten führen, indem Menschen andere töten können und behaupten könnten, sie hätten in Selbstverteidigung gehandelt.³⁴⁹ Dennoch hat unser Rechtssystem sich dazu entschlossen, diese „false positives“ in Kauf zu nehmen, da es die Alternative – dass Menschen für ihre Selbstverteidigung bestraft werden oder aufgrund der Strafe zu abgeschreckt wären, in Selbstverteidigung zu handeln – nicht hinnehmen wollte. Mit anderen Worten, der Grund, warum hier der slippery slope Gedanke keine entscheidende Rolle gegen die Einführung des Gesetzes gespielt hat, liegt darin, dass wir der Legitimität der Handlung in Frage zustimmen. Insofern ist der Fall der Selbstverteidigung eventuell ein anderer als der des Abschusses eines entführten Flugzeuges, in welchem die Legitimität der Handlung bestritten wurde. Oder anders formuliert: es ist weniger problematisch, Selbstverteidigung zu rechtfertigen als den Flugzeugabschuss.

Dieser Punkt ist von entscheidender Bedeutung, insofern er impliziert, dass die Forderung nach einer Legalisierung einer Handlung eine moralische Zustimmung der Handlung beinhaltet. Mit anderen Worten, man kann wohl die prozedurale Ebene – die Frage, ob und in welcher Form, etwas geregelt werden muss – nicht von der substantiellen Ebene – die Frage nach der moralischen und rechtlichen Legitimität – trennen. Wenn man also kategorisch gegen den Abschuss des Flugzeuges ist, würde man nicht erst diskutieren wollen, ob dieser Abschuss im Vorhinein oder im Nachhinein gesetzlich bewertet werden soll. Stattdessen würde man sich dafür einsetzen, dass es dazu gar nicht kommen wird.

Aber dies wäre ein wenig zu kurzfristig. Wie ich argumentieren werde, kann man nämlich sehr wohl die substantielle von der prozeduralen Ebene trennen: Sollte man sich mit seiner Position nicht durchsetzen können und zur Einsicht kommen, dass der Abschuss sowieso angeordnet würde, könnte man immer noch einer gesetzlichen Regelung zustimmen. Es gibt also eine normative Bewertung zum Prozess, die von der Handlung trennbar ist. Ein anderer Fall illustriert diesen Punkt: Abtreibung. Einige Politiker behaupten, sie seien agnostisch, was den Status eines Fötusses angeht, d.h. sie haben keine Meinung dazu, ob ein Fötus ein menschliches Leben ist,

³⁴⁹ vgl. Hirsch, LK, § 34 StGB.

welches Menschenrechte besitzt, oder nicht. Dennoch befürworten sie die Legalisierung von Abtreibung, da sie dies für die weniger schlimme Alternative halten. Sie sind sich bewusst, dass Abtreibung wahrscheinlich sowieso stattfindet und obwohl sie der Moralität von Abtreibung nicht zustimmen, finden sie es besser, dass dies gesetzlich geregelt wird, als wenn Frauen sich unnötigen Gesundheitsrisiken aussetzen, sollte sie nicht legalisiert sein. Einige halten dies für einen Widerspruch: So schrieb der Philosoph Michael Sandel, dass, wer der gesetzlichen Regelung von Abtreibung zustimmt, zumindest eine normative Position zum Status des Fötus haben muss. Er kann nicht agnostisch sein, sondern muss zumindest skeptisch gegenüber der katholischen Position sein, die besagt, dass ein Fötus ein Menschenleben ist. Andernfalls würde diese Person Mord legalisieren wollen.³⁵⁰

Aber ein anderes Beispiel zeigt, dass dem nicht so ist: so vertritt Dershowitz die Position, dass Folter unmoralisch und in kaum einem Fall zu rechtfertigen ist. Dennoch glaubt er, dass es in einigen Fällen getan werde und dass, wenn jemals darüber politisch zu entscheiden wäre, seine Ablehnung von Folter nicht mehrheitsfähig wäre. Sollte es dann wirklich zur Folter kommen, würde er, obwohl er die Praxis hasst, sie lieber geregelt sehen als dass sie im Geheimen durchgeführt werde. Der Grund hierfür liegt darin, dass er die erste Runde der politischen Debatte – „Soll gefoltert werden?“ – nicht gewonnen hat und nun in der zweiten Runde – „Soll Folter im Rahmen des Gesetzes stattfinden oder nicht?“ eine neue Stimme hat, die von der ersten, substantiellen getrennt ist. Wer also analog über die gesetzliche Regelung eines Flugzeugabschusses laut nachdenkt, muss noch lange nicht dieser Handlung zustimmen. Die Erkenntnis, dass im Ernstfall wohl gehandelt würde, berechtigt einen, über eine mögliche Regelung dieser ablehnungswürdigen Handlung nachzudenken.

Insofern man die substantielle von der prozeduralen Ebene trennen kann, ist es an der Zeit sich darüber Gedanken zu machen, wie wir mit den prozeduralen Fragen im Falle einer Flugzeugentführung umgehen sollen. Dieses hat die vorliegende Arbeit versucht. Aber nicht nur in diesem Kontext lohnt es, sich darüber Gedanken zu machen. Der Kampf gegen den Terrorismus hört schließlich noch lange nicht auf.

³⁵⁰ Sandel, „Public Philosophy“, S.225f.

Vielleicht war eine gesetzliche Regelung des Abschusses einer Flugzeugentführung unnötig, aber es werden immer neue Szenarien im Kontext der Terrorismusbekämpfung aufkommen, in welchen diese Fragen beantwortet werden müssen. Wir werden über die Legitimität von Handlungen streiten, die wir moralisch ablehnen, jedoch für politisch notwendig halten. Für all diese zukünftigen Herausforderungen sind wir es uns schuldig, darüber nachzudenken, in welcher prozeduralen Form wir diese Handlungen ausführen sollen.

Epilog

Als der erste Entwurf dieser Arbeit fertig war, hat Verteidigungsminister Jung gesagt, er würde trotz Verbotes des Bundesverfassungsgerichtes im Ernstfall den Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeuges anordnen, um einen Terrorangriff zu verhindern.

Der „Tagesschau“ sagte er, „solange es [eine verfassungsrechtliche Klarstellung] nicht gibt (...) muss ich das Recht des übergesetzlichen Notstands in Anspruch nehmen.“

Die Opposition bezeichnete ein solches Vorgehen als „Mord“ und mahnte die Kanzlerin, „ihren Verteidigungsminister zur Ordnung zu rufen.“

Doch Minister Jung verteidigte seine Entschlossenheit mit den Worten, „es ist vornehmliche Aufgabe des Staates, die Bevölkerung zu schützen.“³⁵¹

Zeitgleich finden in den USA Diskussionen darüber statt, ob „waterboarding“ Folter konstituiert. Auslöser war, dass ein Häftling in Guantanamo Bay zu Protokoll gab, dass Soldaten diese Verhörmethode an ihm angewendet haben. Als dieses bestätigt wurde und öffentlich gefragt wurde, in wieviel weiteren Fällen die Regierung solche Methoden anwendete, wurden diese Anfragen abgewiesen mit dem Hinweis, dieses Material sei „classified.“³⁵²

Auf beiden Seiten des Atlantiks ist die Bevölkerung über die Aussagen ihrer Regierungen empört. Und es bleibt ungewiss, ob wir es mit der Spitze des Eisbergs oder dem Abgrund des Meeresbodens zu tun haben.

³⁵¹ Tagesschau, 16.9.2007, Hiermit hat Jung seine Position revidiert. Bereits nur drei Tage nach dem Bundesverfassungsgerichtsurteil hat Jung angekündigt, er würde den Abschussbefehl erteilen, solange sich keine unschuldigen Passagiere an Bord befinden. Der Tagesspiegel vom 18. Februar 2006. Wenn man nicht den übergesetzlichen Notstand als Begründung in Anspruch nehmen möchte, kann man auch auf kriegsvölkerrechtliche Regelungen zurückgreifen, nach denen die Tötung Unschuldiger erlaubt sei. Vgl. Christoph Seils, „Schäubles Schreckensliste,“ Zeit Online, 16.4.2007 „Die Bundeswehr soll das Recht erhalten, ein von Terroristen entführtes Passagierflugzeug im Notfall abzuschießen((...)). Im Bundesinnenministerium wird an einer Verfassungsänderung gearbeitet. Im Grundgesetz soll ein „Quasi-Verteidigungsfall“ verankert und so ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz umgangen werden.“ Zur rechtlichen Begründung hierfür, siehe Ladiges, S. 326f.

³⁵² Shane, „Waterboarding Focus of Inquiry by Justice Dept“, The New York Times, 23. Februar 2008.

Bibliographie

- Ackerman, Bruce*: „Before The Next Attack”, Yale University Press, New Haven, 2006
- Ackerman, Bruce*: „The Emergency Constitution“, 113 Yale L.J. 1029 (2004)
- Anscombe, Elisabeth*: „Who is Wronged“, The Oxford Review 5, 1967, S. 967
- Aquin, Thomas von*: „Summa Theologica II-II, 57-79“, Köln 1953
- Archangelskij, Alexander*: „Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeugs“, 2005 (Diss. Berlin)
- Aristoteles*: „Nikomachische Ethik“, Meiner, Hamburg 1972
- Baldus, Manfred*: „Streikkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum“, NVwZ 2004, S. 1278ff.
- Baumann, Karsten*: „Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?“, DÖV 2004, S. 853ff.
- Baumann, Karsten*: „Das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz der Streitkräfte“, Jura 2006, S. 447ff.
- Baumann, Karsten*: „Der Schutz von Verfassungsorganen gegen terroristische Angriffe aus der Luft“, in DÖV 2006, S. 331-338
- Bedford Naylor, Margery*: „The Moral of the Trolley Problem”, in Philosophy and Phenomenological Research, Vol. XLVIII, No. 4 (1988)
- Beestermöller, Gerhard*: „Das Luftsicherheitsgesetz als Krisenindikator“, Die neue Ordnung, 2006, S. 296ff.
- Beldus, Manfred*: „Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand“, NVwZ 2006, S. 532 ff.
- Bentham, Jeremy*: „An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, The Collected Works of Jeremy Bentham, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Oxford University Press, 1996
- Bernsmann, Klaus*: „Entschuldigung durch Notstand“, (Köln, u.a. 1989)
- Berring, Robert*: „A.W. Brian Simpson: „Cannibalism and the Common Law”“ California Law Review, Vol. 73, No. 1, S. 252-258
- Bittner, Jochen*: „Bürger, frei zum Abschuss,“ DIE ZEIT, 3.11.2005
- Böckenforde, Ernst-Wolfgang*: „Die Menschenwürde war unantastbar“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3. September 2003, S. 33, 35
- Bonhoeffer, Dietrich*: „Ethik“, München 1963
- Broome, John*: „Kamm on Fairness“, in: Philosophy and Phenomenological Research 58, 1998, S. 955-961
- Broome, John*: „Weighing Goods. Equality, Uncertainty and Time“, Cambridge (Mass.), 1991
- Burg, Wibren van der*: „The Slippery Slope Argument“, 102 Ethics 42 (1992)
- Burkiczak, Christian*: „Der praktische Fall – Das Luftsicherheitsgesetz“, VR 2004, S. 379ff.
- Burkiczak, Christian*: „BverfG, Urteil vom 15.2.2006 Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG“, 1 BvR 357/05, JA 2006, S. 500f.
- Burkiczak, Christian*: „Das Luftsicherheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht“, NZWehr 2006, S. 89ff.
- Christof, Gramm*: „Der wehrlose Verfassungsstaat? –Urteilsanmerkung zur Entscheidung des BverfG zum LuftSiG vom 15. Februar 2006“, 1 BvR 357/05, DVBl. 2006, 433, DVB. 2006, S. 653ff.
- Cicero*: „De Officiis“, Cambridge, Mass., 1913

- Constant, Benjamin*: „Über die Gewalt“, Herbert Lang & Cie, Bern 1942
- Costa, Michael J.*: „The Trolley Problem Revisited“, 24 S.J. Phil. 437 (1986)
- Costa, Michael*: „Another Trip on the Trolley“, 25 SJ. Phil. 461 (1987)
- Dan-Cohen, Meir*: „Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law“, Harvard Law Review, Vol. 97, Jan. 1984, no. 3
- Delonge, Franz-Benno*: „Die Interessenabwägung nach §34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen“, (München 1987)
- Dershowitz, Alan*: „Arithmetic of pain“, Wall Street Journal, 19.07.2006
- Dershowitz, Alan*: „Preemption“, W. W. Norton, New York, 2007
- Dershowitz, Alan*: „Rights from Wrongs“, Basic Books, New York, 2004
- Dershowitz, Alan*: „The Genesis of Justice“, Warner Books, New York, 2000
- Dershowitz, Alan*: „Tortured Reasoning“, in: Sanford Levinson, „Torture: A Collection“, Oxford University Press, Oxford, 2004
- Dershowitz, Alan*: „Visibility and Discourse as Essential to Democracy: The Underlying Theme of Alan Dershowitz’s Writing and Teaching“, in Albany Law Review forthcoming, 2008
- Dershowitz, Alan*: „Why Terrorism Works“, Yale University Press, New Haven, 2002
- Di Fabio, Udo*: „Westen muss Westen bleiben“, DIE WELT, 12. November 2007
- Dinkin, Paul*: „Can a non-consequentialist justify saving the great number?“, The London Journal of Philosophy 1, 2003, S. 4-10
- Dostojewsky, Fjodor*: „The Brothers Karamazov“, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2002
- Dreier, Horst (Hg.)*: „Grundgesetz: Kommentar“, 2. Auflage, Mohr Siebeck 2004
- Dreist, Peter*: „Einsatz der Bundeswehr im Innern – Das Luftsicherheitsgesetz als Anlass zum verfassungsrechtlichen Nachdenken“, in: Ulrich Blaschke a.o. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin 2005, 77 f.
- Dreist, Peter*: „Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag – zu den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilichen Handelns der Bundeswehr im Innern“, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr) 2004, 89 f.
- Droege, Michael*: „Die Zweifel des Bundespräsidenten - Das Luftsicherheitsgesetz und die überforderte Verfassung“, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr) 2005, 199 f.
- Dürig, Günter*: „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,“ (1956) 81 Archiv des öffentlichen Rechts 117
- Dworkin, Ronald*: „Law’s Empire“, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1986
- Dworkin, Ronald*: „Taking Rights Seriously“, Cambridge, Harvard University Press, 1978
- Dworkin, Ronald*: „Terror & the Attack on Civil Liberties“, New York Review of Books, Vol. 50, No. 17, Nov. 6, 2003
- Dyzenhaus, David*: „Schmitt v. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?“, 27 Cardozo Law Review 2005, 2006 (2006)
- Einiko, Franz/ Thomas, Günther*: „Tötungshandlungen beim Bundeswehreininsatz im Innern. Das Luftsicherheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht“, VBIBW 2006, S. 340ff.
- Einiko, Franz*: „Der Bundeswehreininsatz im Innern und die Tötung Unschuldiger im Kreuzfeuer von Menschenwürde und Recht auf Leben“, in: Der Staat 45 (2006). S. 501-546
- Elon, Menachem*: „Jewish Law (Mishpat Ivri): Cases and Materials“, Bender 1999

- Enoch, David:* „Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You’re on a Very Slippery Slope“, 21 Oxford J. Legal Stud. 629, (2001)
- Erb, Volker:* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK), Joecks/Miebach (Hrsg.), § 34 StGB
- Feldman, Noah:* „After Jihad“, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2003
- Feldman, Noah:* „Equity in History“, presented at the NYU Colloquium in Legal, Social, and Political Philosophy” on November 14, 2002, available at <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/feldman/feldman.rtf>
- Feldman, Noah:* „What We Owe Iraq“, Princeton and Oxford, 2004
- Fichte, J.G.:* „Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre“, Leipzig 1922
- Finn, John:* „Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law“, Oxford University Press, 1991
- Fischer, John M.:* „The Trolley and the Sorites“, 4 Yale J.L. & Human. 105 (1992)
- Foot, Philippa:* „Moral Dilemmas and Other Topics in Moral Philosophy“, Oxford, 2002
- Foot, Philippa:* „The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, in: Ders.: Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy“, 19-32 (1978)
- Fried, Charles:* „Right and Wrong“, Harvard University Press, Cambridge, 1978
- Fritze, Lothar:* „Der Ehre zuviel – Eine moralphilosophische Betrachtung zum Hitler-Attentat von Georg Elsner“, in Uwe Backes/ Jesse Eckhard (Hg.): „Jahrbuch Extremismus und Demokratie, 12. Jahrgang, Baden-Baden 2000, S. 101-139
- Fritze, Lothar:* „Die Tötung Unschuldiger“, Berlin 2004
- Fuller, Lon:* „The Case of the Speluncean Explorers“, (1949) 62 Harvard Law Review 616
- Fuller, Lon:* „The Morality of Law, Revised Edition“, New Haven: Yale University Press, 1964
- Gallas, Wilhelm:* „Beiträge zur Verbrechenslehre“ (Heidelberg 1968)
- Geiss, Robin:* „Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3BIS of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German „Luftsicherheitsgesetz“, Michigan Journal of International Law, 27 (2006), S. 227-256
- Giemulla, Elmar/ van Schyndel, Heiko:* „Luftsicherheitsgesetz“, Kommentar, 2006
- Giemulla, Elmar:* „Das Luftsicherheitsgesetz“, in: Martin H. W. Möllers/ Robert Chr. van Ooyen (Hg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2004/2005, 2005, S. 261ff.
- Giemulla, Elmar:* „Zum Abschuss von Zivilluftfahrzeugen als Maßnahme der Terrorbekämpfung“, ZLW 2005, S. 33ff.
- Gies, Matthias:* „Lizenz zum Töten,“ DIE ZEIT, 4/2005
- Gladwell, Malcolm:* „Tipping Point: How Little Things Can Make A Big Difference“, Back Bay Books 2002
- Glover, Jonathan:* „Causing Death and Saving Lives“, New York 1977
- Goldsmith, Jack:* „The Terror Presidency“, W.W. Norton, New York, 2007
- Gorr, Michael:* „Thomson and the Trolley Problem“, 59 Phil. Stud. 91 (1990)
- Gose, Stefan:* „Dammbruch beim Luftsicherheitsgesetz“, in Müller-Heidelberg, Till u.a. (Hg.), „Grundrechte-Report 2004“, S. 174-179
- Govier, Trudy:* „What’s Wrong with Slippery Slope Arguments?“, 12 Canadian Journal of Philosophy 303 (1982)
- Gramm, Christof:* „Ein tragischer Held als letzter Ausweg? Verfassungsrechtliche Grenzen des Streitkräfteeinsatzes im Innern“, GreifRecht, 2006, S. 82ff.

- Greene, Joshua*: „The Secret Joke of Kant’s Soul”, W. Sinnott-Armstrong (ed.), *Moral Psychology, Vol. 3: The Neuroscience of Morality: Emotion, Disease, and Development*. Cambridge, MA: MIT Press, S. 35-79
- Greene, Joshua*: „An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgement”, in: *Science*, 293 (5537) (2001)
- Greene, Joshua*: “From neutral ‘is’ to moral ‘ought’: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology?”, in *4 Nature Reviews Neuroscience* (2003)
- Gropp, Walter*: „Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein Nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz“, GA 2006, S. 284ff.
- Gross, Oren*: „Chaos and Rules”, 112 *Yale L. J.* 1011 (2003)
- Guckes, Barbara*: „Das Argument der schiefen Ebene“, Urban & Fischer Verlag 1997
- Gutmann, Thomas*: „Gleichheit vor der Rationierung. Rechtsphilosophische Überlegungen“, in: Thomas Gutmann und Volker H. Schmidt, (Hg.), “Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen,” (Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2002)
- Hart, H. L. A.*: „Positivism and the Separation of Law and Morals“, 71 *Harvard Law Review* 593
- Hartleb, Torsten*: „Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben”, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2005, 1397 f.
- Hase, Friedhelm*: „Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als Hilfe bei einem Unglücksfall?”, in: *DÖV* 2006, 213 f.
- Hecker, Wolfgang*: „Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz“, *KJ* 2006, S. 179ff.
- Hegel, G. W. F.*: „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, Meiner Verlag, Hamburg, 1995
- Heine, Heinrich*: „Almansor” (1821), in: Heine, Heinrich: *Historische Kritische Gesamtausgabe*, Hoffman und Campe 2004
- Herdegen, Matthias*: „Kommentierung von Art. 1 Abs.1 GG“, in Maunz/Dürig, „Kommentar zum Grundgesetz“, Stand März 2006
- Hilgendorf, Eric*: „Tragische Fälle, Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand”, in: Ulrich Blaschke a.o. (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*, Berlin 2005, 107 f.
- Hilgendorf, Eric*: „Unser kümmerliches Floß ist immer noch überlastet“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 14. Februar 2005, S. 40
- Hillgruber, Christian / Hoffmann, Jeannine*: „Mehr, als die Polizei erlaubt? Kann die Bundeswehr in NRW gegen terroristische Angriffe aus der Luft eingesetzt werden?“, *BWVBl.* 2004, S. 176ff.
- Hirose, Iwao*: „Aggregation and Numbers“, *Utilitas* 16, 2004, S. 62-79
- Hirose, Iwao*: „Saving the greater number without combining claims“, *Analysis* 61, 2001, S. 341-342
- Hirsch, Burkhard*: „Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?”, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2004, 273 f.
- Hirsch, Burkhard*: „Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben: Bemühungen zur Abwehr des finalen Rettungstotschlags“, *KritV* 2006, S. 3ff.
- Hirsch, Burkhard*: „Vorsätzliches Töten von Tätern und Opfern“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 4. März 2005, S. 9
- Hobbes, Thomas*: „Leviathan“, London, 2002

- Hobbes, Thomas*: „On the Citizen (De Cive)“, Cambridge, Cambridge University Press, 1998
- Hobe, Stefan*: „Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Gefahrenabwehr im nationalen Luftraum: Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Februar 2006“, Az. 1 BvR 357/05, ZLW 2006, S. 333ff.
- Höfling, Wolfram / Augsberg, Steffen*: „Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand“, in: Juristen Zeitung (JZ) 2005, 1080 f.
- Holtug, Nils*: „Human Gene Therapy: Down the Slippery Slope?“, 7 Bioethics 402 (1993)
- Hörnle, Tatjana*: „Hijacked Airplanes: May They Be Shot Down?“, New Criminal Law Review, Fall 2007, Vol. 10, No. 4, S. 582-612
- Hruschka, Joachim*: „Von Rechten, die keinen Richter haben“, in: M. Pawlik (Hg.): Jakobs-FS 2007, S. 189ff.
- Hume, David*: „A Treatise of Human Nature“, Oxford University Press, 2000
- Huster, Stefan*: „Zählen Zahlen? Zur Kontroverse um das Luftsicherheitsgesetz“, in: Merkur Vol. 58 (2004), 1047 f.
- Isensee, Josef*: „Leben gegen Leben: das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug“, in: Michael Pawlik (Hg.) in: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, (Köln, 2007.), S. 205 ff.
- Jellinek, Georg*: „Allgemeine Staatslehre“, Gehlen, 1966
- Jerouschek, Günther*: „Nach dem 11. September: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschluß eines von Terroristen entführten Flugzeugs“, in: Knut Amelung, u.a. (Hg.): „Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie“, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, S. 185ff.
- Jescheck/Weigend*: Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)
- Kadish, Sanford/ Schulhofer, Stephen*: „Criminal Law and its Processes“, New York, Aspen Publishers, 2001
- Kagan, Shelley*: „The Limits of Morality“, Oxford, 1989
- Kahneman, Daniel & Tversky, Amos*: „Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. Econometrica“, 47, 263-291 (1979)
- Kaiser, Stefan*: „Die Grenzen der Sicherheit – Zum Entwurf eines Luftsicherheitsgesetzes“, TranspR 2004, S. 353ff.
- Kamm, Frances M.*: „Harming Some to Save Others“, 57 Phil. Stud. 227 (1989)
- Kamm, Frances M.*: „Morality, Mortality, Vol. I: Death and whom to save from it“, New York, Oxford, 1993
- Kamm, Frances M.*: „Morality, Mortality“, Vol. II: (New York, Oxford, 1996)
- Kant, Immanuel*: „Grundlegungen zur Metaphysik der Sitten“, AA IV, Berlin 1968
- Kant, Immanuel*: „Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen“, AA VIII, Berlin 1968
- Kaufmann, Arthur*: „Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung“, in: Maurach-FS, S. 327ff.
- Kavka, Gregory*: „The Numbers Should Count“, Philosophical Studies 36, 1979, S. 285-294
- Kersten, Jens*: „Die Tötung von Unbeteiligten“, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2005, 661 f.
- Klein, Eckart*: „Die vorsätzliche Tötung unbeteiligter Personen durch den Staat“, in: Recht – Kultur – Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußnug zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2005, 71 f.

- Klein, Eckart:* „Das Gesetz zur Neuregelung der Luftsicherheitsaufgaben (LuftSiG) auf dem Prüfstand“, ZG 2005, S. 289ff.
- Klingst:* „Nur das Leben zählt“, Die ZEIT vom 16. Februar 2006
- Koch, Arndt:* „Tötung Unschuldiger als straflose Rettungshandlung?“, JA 2005, S. 745ff.
- Krings, Günther / Burkiczak, Christian:* „Bedingt abwehrbereit?“, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2002, 501 f.
- Krügs, Günter:* „Sicherer Himmel per Gesetz?“, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl) 2004, 249 f.
- Kühl, Kristian:* „StGB mit Erläuterungen“, (Beck Verlag, München, 1999)
- Kumar, Rahul:* „Contractualism on Saving the Many“, Analysis 61, 2001, S. 165-170
- Kumm, Matthias:* „What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On The Place And Limits of the Proportionality Requirement“, in Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy (S. Paulson and G. Pavlakos, ed., Hart, 2007)
- Küper, Wilfried:* „Immanuel Kant und das Brett des Carneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre“, Heidelberg 1999
- Küper, Wilfried:* „Tötungsverbot und Lebensnotstand“, Juristische Schulung (JuS) 1981, S. 785-794
- Kutscha, Martin:* „Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem“, NVwZ 2004, S. 801-804
- Ladiges, Manuel:* „Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum. Unter besonderer Berücksichtigung des §14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten“, Berlin 2007 (Diss., Greifswald)
- Lamb, David:* „Down the Slippery Slope: Arguing in Applied Ethics“, London, Routledge, 1988
- Laschewski, Gregor:* „Der Einsatz der deutschen Streitkräfte im Inland unter Berücksichtigung des neuen Luftsicherheitsgesetzes sowie aktuellen Initiativen zur Änderung des Grundgesetzes“, (Diss., Würzburg, 2005)
- Lenckner, Theodor:* „Der rechtfertigende Notstand“, (Tübingen 1965)
- Lenckner/Perron:* Strafgesetzbuch 26. Aufl. 2001, in: Schönke/Schröder § 34 StGB
- Lepsius, Oliver:* „Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz“, in: Frederick Roggan (Hg.), „Festgabe für Burkhard Hirsch“, Berlin 2006, S. 761ff.
- Levinson, Sanford:* „Torture: A Collection“, Oxford University Press, Oxford, 2004
- Lindner, Franz Josef:* „Tragische Konflikte“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15. Oktober 2004, S. 8
- Linke, Tobias:* „Aufsichtsarbeit im Öffentlichen Recht: Das umstrittene Luftsicherheitsgesetz“, NWVBl. 2006, S. 71 ff.
- Linke, Tobias:* „Krieg gegen Terror, Die Logik des Luftsicherheitsgesetzes“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18. Januar 2005, S. 37
- Linke, Tobias:* „Verfassungswidrige Wahrnehmung luftpolizeilicher Aufgaben durch die Bundeswehr?“, DÖV 2003, 890 (892)
- Linke, Tobias:* „Zur Rolle des Art. 35 GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben“, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr) 2002, 115 f.
- Linke, Tobias:* „Innere Sicherheit durch die Bundeswehr? Zu Möglichkeiten und Grenzen der Inlandsverwendung der Streitkräfte“, AöR Bd. 120 (2004), S. 489ff.
- Locke, Don:* „The Choice Between Lives“, 57 Philosophy 453 (1982)

- Locke, John*: „Two Treatises of Government” (Cambridge, Cambridge University Press, 1967)
- Lode, Eric*: „Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning”, *Cal. L. Rev.*, 1469 (1999)
- Lüderssen, Klaus*: „Kriegsrecht in Deutschland?”, in: *Strafverteidiger (StV)* 2005, 106 f.
- Lutze, Christian*: „Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr”, in: *NZWehr* 2003, 101 f.
- Lyly, John*: „Euphues“, Kessinger Publishing 2006
- Machiavelli, Niccolo*: „Discorsi. Gedanken über Politik und Staatsführung”, Kröner Verlag, Stuttgart 1966
- Machiavelli, Niccolo*: „Der Fürst“, Insel Verlag, Frankfurt, 2007
- Mager, Christoph*: „Terroristenbekämpfung zwischen Sicherheit und Freiheit“, Diss., Kiel 2005
- Martínez Soria, José*: „Polizeiliche Verwendung und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Innern”, in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 2004, 597 f.
- Mayo, David J.*: „The Role of Slippery Slope Arguments in Public Policy Debates“, *Phil. Exchange* 81 (1990-91)
- Melzer, Wolfgang / Haslach, Christian / Socher, Oliver*: „Der Schadensausgleich nach dem Luftsicherheitsgesetz“, *NVwZ* 2005, 1361ff.
- Merkel, Reinhard*: „Wenn der Staat Unschuldige opfert”, *DIE ZEIT*, 8.7.2004
- Meyer, Anton*: „Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?”, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2004, 203 f.
- Meyer, Kirsten*: „Eine kleine Chance für David“, in: *Rapich, Oliver/ Marckmann, Georg/ Vollmann, Jochen (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der Medizin*, 2005, S. 127-143
- Mill, John Stuart*: „On Liberty“, in: *Ders. “The Basic Writings of John Stuart Mill: On Liberty, the Subjugation of Women and Utilitarianism (Random House, New York, 2002)*
- Mitsch, Wolfgang*: „Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG“, in: *ZRP* 2005, 243
- Mitsch, Wolfgang*: „Die Legalisierung staatlich angeordneter Tötung von Terror-Geiseln”, in: *Leviathan Vol. 33 (2005)*, 279 f.
- Mitsch, Wolfgang*: „Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen, Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandssituationen“, *GA* 153 (2006), S. 11ff.
- Mitsch, Wolfgang*: „Luftsicherheitsgesetz“ – Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“, in: *Juristische Rundschau (JR)* 2005, 274 f.
- Möller, Kai*: „On treating persons as ends: the German aviation security act, human dignity, and the Federal Constitutional Court“, *2006 Public law: incorporating the British journal of administrative law* 2006, S. 457ff.
- Möller, Kai*: „Abwägungsverbote im Verfassungsrecht“, 2007, in: *Der Staat* 115, 46. Band, Heft 1
- Montmarquet, James A.*: „On Doing Good: The Right and the Wrong Way”, *79 J. Phil.* 439, 446-49 (1982)
- Moore, G. E.*: „Principia Ethica”, Dover Publications 2004
- Morrison, Trevor*: „Suspension and Extrajudicial Constitution“, *107 Columbia Law Review* 1533 (2007)
- Nagel, Thomas*: „War and Massacre”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, pp. 123-44
- Nagel, Thomas*: „Equality“, in: *Mortal Questions*, Cambridge, 1979, S. 106-127

- Niklaus, René:* „Zum Abschuss freigegeben. Eine interpretative Mikro-Policy-Analyse des Sicherheitskonzeptes zur Abwehr terroristischer Gefahren aus dem Luftraum“, Marburg 2006
- Nozick, Robert:* „Anarchy, State, and Utopia“, New York, Basic Books, 1974
- Nussbaum, Martha:* „The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis“, 29 J. Legal Stud. 1005 (2000)
- Odendahl, Kerstin:* „Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemäßer Paradigmenwechsel?“, in: Die Verwaltung 2005, 425 f.
- Orwell, George:* „Animal Farm“, Signet 2004
- Otsaka, Michael:* „Saving Lives, Moral Theory, and the Claims of the Individual“, Philosophy and Public Affairs, 34 (2006), S. 109-135
- Otsaka, Michael:* „Scanlon and the claims of the many versus the one“, Analysis 60, 2000, S. 288-293
- Otsuka, Michael:* „Skepticism about Saving the Greater Number“, Philosophy and Public Affairs 32 (2004), S. 413-426
- Papier, Hans-Jürgen:* „Freiheit versus Sicherheit – Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus“, Rede vorm Frankfurter Presseclub vom 11. 12. 2007
- Parfit, Derek:* „Innumerate ethics“, Philosophy and Public Affairs 7, 1978, S. 285-301
- Parfit, Derek:* „Justifiability to each person“, Ratio 16, 2003, S. 368-390
- Parfit, Derek:* „Reasons and Persons“, Oxford 1986
- Paulke, Katja:* „Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum im Spannungsverhältnis zwischen neuen Bedrohungsszenarien und den Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte im Innern unter besonderer Berücksichtigung des Luftsicherheitsgesetzes“, (Diss., Berlin 2005)
- Pawlik, Michael:* „§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?“, in: Juristen Zeitung (JZ) 2004, 1045 f.
- Pawlik, Michael:* „Festschrift für Günther Jacobs zum 70. Geburtstag“, Köln 2007
- Pawlik, Michael:* „Zum Abschuss frei, Das Bürgeropfer im Luftsicherheitsgesetz“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. Juli 2004, S. 29
- Pieroth, Bodo / Hartmann, Bernd J.:* „Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung“, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2005, 729 f.
- Plato:* „Dialog Politikos oder vom Staatsmann“, Meiner, Leipzig, 1914
- Popper, Karl R.:* „Logik der Forschung“, Mohr Siebeck 2002
- Popper, Karl R.:* „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“, Mohr Siebeck 2003
- Posner, Richard:* „Economic Analysis of Law“, Boston, Little Brown, 1973
- Postow, B.C.:* „Thomson and the Trolley Problem“, 27 SJ. Phil. 529 (1989)
- Prantl, Heribert:* „Feuer frei“ darf es nicht geben“, Süddeutsche Zeitung vom 2. Februar 2004, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/962/25937/print.html>
- Prantl, Heribert:* „Leben gegen Leben. Der Abschuss von unschuldigen Menschen: Die Problematik des Luftsicherheitsgesetzes“, in: Jahrbuch Menschenrechte 2006, S. 88ff.
- Quinn, Warren S.:* „Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing“, 98 Phil. Rev. 287 (1989)
- Quinn, Warren S.:* „Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect“, 18 Phil. & Pub. Aff. 334 (1989)
- Rakowski, Eric:* „Taking and Saving Lives“, 93 Columb. L. Rev. 1063

- Rawls, John*: „A Theory of Justice“, Cambridge, Mass. 1971
- Rawls, John*: „Two Concepts of Rules“, *Philosophical Review* (January 1955), 64 (1):3-32, reprinted in: *Collected Papers* (ed. Samuel Freedman), (Cambridge, 1999), S. 20-46
- Reimer, Ekkehart*: „Die Schwäche des Rechtsstaats ist seine Stärke“, Anmerkung zu BVerfG, Urt. vom 15.2.2006 (Luftsicherheitsgesetz), *StudZR* 2006, S. 601f.
- Rettenmaier, Felix*: „Das Luftsicherheitsgesetz – Bewährungsprobe für den grundrechtlichen Lebensschutz?“, *VR* 2006, S. 109ff.
- Reuprich, Oliver/ Marckmann, Georg/ Killmann, Jochen (Hrsg.)*: „Gleichheit und Gerechtigkeit in der Medizin“, Paderborn 2005, S. 105-125
- Rizzo, Mario J. & Whitman, Douglas Glen*: „The Camel’s Nose Is in the Tent: Rules, Theories, and Slippery Slopes“, *51 UCLA Law Review*, 539 (2003)
- Roggan, Frederick*: „Festgabe für Burkhard Hirsch“, Berlin 2006
- Rossiter, Clinton*: „Constitutional Dictatorships“, Princeton 1948
- Rousseau, Jean-Jacques*: „Der Gesellschaftsvertrag“, Reclam, Stuttgart 1986
- Roxin, Klaus*: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1*, München, 3. Aufl. 1997
- Sachs, Michael*: *Grundgesetz: Kommentar*, Beck, München 2007
- Sandel, Michael*: „Public Philosophy“, Cambridge, Harvard University Press, 2005
- Sattler, Henriette*: „Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung – Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz“, *NVwZ*, 2004, S. 1286ff.
- Scalia, Antonin*: „The Rule of Law as Law of Rules“, *56 U. Chi. L. Rev.* 1175, 1175-81 (1989)
- Scanlon, Thomas*: „What we Owe to Each Other“, Cambridge (Mass.) 1998
- Schäuble, Wolfgang*: „Die neue Bedrohung und die Antwort des Notstandrechts“, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 2005, 294 f.
- Schauer, Frederick*: „May Officials Think Religiously?“, *27 WM. & Mary L. Rev.* 1075 (1986)
- Schauer, Frederick*: „Slippery Slopes“, *99 Harv. L Rev.* 361 (1985)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: „Die Verfassungswidrigkeit des §14 III LuftSiG“, *NJW* 2006, S. 736ff.
- Schild, Wolfgang*: „Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes,“ in: *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 1978, 449ff.
- Schily, Otto*: „Das Notstandsrecht des Grundgesetzes und die Herausforderungen der Zeit“, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 2005, 290 f.
- Schlehofer, Horst*: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)*, Joecks/Miebach (Hrsg.), Vor § 32 ff. StGB
- Schleiermacher, Friedrich*: „Über die Religion“, Reclam, Ditzingen 1997
- Schlink, Bernhard*: „An der Grenze des Rechts“, in: *Der Spiegel* 3 / 2005, 34 f.
- Schmitt, Carl*: „Politische Theologie“, Bd. 1 Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München u.a. 1943
- Schopenhauer, Arthur*: „Die Welt als Wille und Vorstellung“, Dtv, München, 1998
- Schroth, Ulrich / Gutmann, Thomas/ König, Peter / Oduncu, Fuat*: *Transplantationsgesetz. Kommentar*, (München: C.H. Beck 2005)
- Schütte, Matthias*: „Luftsicherheitsgesetz erlaubt finalen Rettungsabschluss. Air Policing – Störer- und Terrorbekämpfung durch die Luftwaffe auf der Grundlage des neuen Luftsicherheitsgesetzes“, *DpolBl* 2005, S. 15ff.
- Shapiro, David*: „The Case of the Speluncean Explorers: A Fiftieth Anniversary Symposium“, *112 Harv. L Rev.* 1834-1923 (1999)

- Sinn, Arndt*: „Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?“, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2004, 585 f.
- Sittard, Ulrich / Ulbrich, Martin*: „Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Das Luftsicherheitsgesetz“, JuS 2005, S. 432ff.
- Smart, J.J. C & Williams, Bernard*: „Utilitarianism: For and Against“, Cambridge, Cambridge University Press, 1973
- Spendel, Günther*: „Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht“, RuP 2006, S. 131ff.
- Spranger, Tade Matthias*: „Einsatz der Streitkräfte zur Abwehr terroristischer Bedrohungen im Luftraum“, in: Dieter Fleck (Hg.), „Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte“, 2004, S. 183 ff.
- Starck, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz, Verlag Franz Vahlen 2005
- Starck, Christian*: „Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Februar 2006“, 1 BvR 357/05, JZ 2006, S. 417ff.
- Statman, Daniel*: „Moral Dilemmas“, Amsterdam, 1995
- Stein, Torsten*: „Rechtssicherheit aus einer Hand?“ in: Recht – Kultur – Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußnug zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2005, 85 f.
- Stratenwerth/Kuhlen*: Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 5. Aufl. 2004
- Sunstein, Cass*: „Worst Case Scenarios“, Cambridge, Harvard University Press, 2007
- Sunstein, Cass*: „Noncompletely Theorized Agreements“, 108 Harv. L. Rev. 1733, 1739-40 (1995)
- Sunstein, Cass*: „One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court“, Cambridge, Harvard University Press, 1999
- Taurek, John*: „Should the Numbers Count?“, Philosophy and Public Affairs 6, 1977, S. 293-316
- Tettinger, Peter*: „Der Luftsicherheitseinsatz der Bundeswehr“, ZLW 2004, S. 334ff.
- Thomson, Judith Jarvis*: „The Realm of Rights“, Cambridge (Mass.), 1990
- Thomson, Judith Jarvis*: „The Trolley Problem“, 94 Yale LJ. 1395, 1409 (1985)
- Timmermann, Jens*: „The individualist lottery: How people count, but not their numbers“, Analysis 64, 2004, S. 106-112
- Tushnet, Marc*: „Defending Korematsu“, Wisconsin Law Review, 2003, 273-307
- Tversky, Amos & Simonson, Itamar*: „Context-Dependent Preferences“, in: Daniel Kahnemann/ Amos Tversky: „Choices, Values, and Frames“, Cambridge, Cambridge University Press 2000, S. 518
- Volokh, Eugene*: „The Mechanisms of the Slippery Slope“, 116 Harvard Law Review 1026 (2003)
- Wacks, Raymond*: „Philosophy of Law: A Very Short Introduction“, Oxford, Oxford University Press, 2006
- Waldron, Jeremy*: „Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House“, 105 Colum. L. Rev. 1681 (2005)
- Walen, Alec*: „Doing, Allowing and Disabling: Some Principles Governing Deontological Restrictions“, 80 Philosophical Studies, 183-214 (1995)
- Walton, Douglas*: „Slippery Slope Arguments“, Oxford, Clarendon Press, 1992
- Walzer, Michael*: „Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations“, Basic Books, New York, 1979
- Walzer, Michael*: „Political Action: The Problem of Dirty Hands“, in: Philosophy and Public Affairs 2: 160-180, 1973
- Wassermann, David/ Strudler, Alan*: „Can a non-consequentialist count lives?“, Philosophy and Public Affairs 31, 2003, S. 71-94

- Weber, Max*: „Politik als Beruf“, in: Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I, (Mohr Siebeck 1989)
- Weber, Max*: „Zur Logik und Methodologie der Kultur- und Sozialwissenschaften“, 1900-1907, in: Weber, Max: Gesamtausgabe, (Mohr, Siebeck 1989)
- Welding, Stehen Olaf*: „Ist das Luftsicherheitsgesetz fragwürdig?“, in: Recht und Politik Vol. 41 (2005), 165 f.
- Welzel, Hans*: „Zum Notstandsproblem“, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 63 1951, S. 47ff.
- Whitman, Jeffrey*: „The Many Guises of the Slippery Slope Argument“, 20 Social Theory and Practice 85 (1994)
- Wiefelspütz, Dieter*: „Sicherheit vor den Gefahren des internationalen Terrorismus durch den Einsatz der Streitkräfte“, NZWehr 2003, S. 45 ff.
- Wiefelspütz, Dieter*: „Art. 35 GG nach dem Luftsicherheitsurteil des Bundesverfassungsgerichtes – Vorschlag für eine Verfassungsänderung“, in: Martin H. W. Möllers/ Robert Chr. van Ooyen (Hg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2006/2007, 2007, S. 237ff.
- Wiefelspütz, Dieter*: „Bundeswehr und innere Sicherheit“, NWVBl. 2006, S. 41ff.
- Wiefelspütz, Dieter*: „Der Auslandseinsatz der Bundeswehr gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus“, ZaöRV 2005, S. 819ff.
- Wiefelspütz, Dieter*: „Der Einsatz der Streikräfte in inneren Krisen“, ZRP 2003, S. 140
- Wiefelspütz, Dieter*: „Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz“, Verlag für Polizeiwissenschaft (2007)
- Wiefelspütz, Dieter*: „Landesverteidigung gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus“, Bundesverwaltung 2006, S. 49ff.
- Wilkesmann, Peter*: „Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs“, NVwZ 2002, S. 1316 ff.
- Williams, Bernard*: „Which Slopes are Slippery?“, in Michael Lockwood (Hrsg.): „Moral Dilemmas in Modern Medicine“, New York, Oxford University Press, 1985
- Winkler, Daniela*: „Die Systematik der grundgesetzlichen Normierung des Bundeswehreinsetzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG“, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), S. 149ff.
- Winkler, Daniela*: „Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes“, in: NVwZ 2006, S. 536ff.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: „Der verfassungsrechtliche Rahmen für den Einsatz der Bundeswehr im Innern zur Terrorismusbekämpfung und zum Schutz ziviler Objekte“, in: Thüringische Verwaltungsblätter (ThürVBl) 2003, 176 f.
- Woodward, James*: „Why the numbers count“, The Southern Journal of Philosophy 19, 1981, S. 531-540
- Yuter, Alan J.*: „The Emergency Principle in Jewish Law and Contemporary Application“, Jewish Political Studies Review, Fall 13:3-4 (2001)