

Sarah Fischer

Der Abschuss entführter Zivilflugzeuge – Eine Frage der Souveränität

Zugleich eine Untersuchung verfassungsrechtlicher Aspekte
des deutschen Grundgesetzes und der Verfassung der Vereinigten
Staaten von Amerika



Nomos

Beiträge zum ausländischen und
vergleichenden öffentlichen Recht

Band 42

Herausgegeben von
Christian Starck

Sarah Fischer

Der Abschuss entführter Zivilflugzeuge – Eine Frage der Souveränität

Zugleich eine Untersuchung verfassungsrechtlicher Aspekte
des deutschen Grundgesetzes und der Verfassung der Vereinigten
Staaten von Amerika



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6641-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0720-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Mein besonderer Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M. (Yale), der mich zu dieser Arbeit ermuntert und das Interesse am interdisziplinären rechtswissenschaftlichen Arbeiten geweckt und stets gefördert hat. Dies gilt insbesondere auch für die Möglichkeit, im Rahmen meines Forschungsvorhabens an der Yale University als Research Fellow die gefundenen Ergebnisse zu hinterfragen.

Für diese Chance möchte ich auch besonders Professor Paul W. Kahn danken, der mich am Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights der Yale Law School willkommen geheißen und mich durch intensive Diskussionen begleitet hat.

Ferner gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Ralf Poscher für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. Christian Starck danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe Beiträge zum ausländischen und vergleichenden öffentlichen Recht.

Mein Dank gilt ferner Frau Sarah Katharina Stein, LL.M. (Columbia) für ihre fortdauernde und uneingeschränkte Unterstützung während der Fertigung der Dissertation. Gleicher Dank gilt auch Frau Dr. Neele Marleen Schlenker.

Ganz besonderer Dank gebührt insbesondere Frau Jutta Languth, Herrn Frank Fischer und Herrn Rafael Languth, die mich durch ihre unermüdlige Bereitschaft zur Diskussion und Korrektur maßgeblich bei der Fertigstellung dieser Arbeit unterstützt und begleitet haben.

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsphilosophie an der Leibniz Universität Hannover und wissenschaftlichen Hilfskraft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Sie wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen; das Rigorosum fand im Januar 2019 statt.

Das Manuskript wurde im Januar 2016 fertiggestellt. Der Literaturstand entspricht im Wesentlichen dem zum Zeitpunkt der Fertigstellung. Die deutsche Kommentar- und Lehrbuchliteratur wurde jedoch vor der Veröffentlichung weitgehend aktualisiert. Nicht nur dies zeigt, dass die untersuchte Fragestellung nichts an ihrer Aktualität eingebüßt hat.

Sarah Fischer

Hannover, im März 2020

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
1. Kapitel Einleitung	25
A. Ausgangsüberlegung	26
B. These	28
C. Methode	29
I. Architektur	31
II. Genealogie	31
D. Fortgang der Untersuchung	32
2. Kapitel Die Verfassungswidrigkeit des Abschusses in Deutschland	33
A. Das LuftSiG vom 11. Januar 2005	33
B. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum LuftSiG	35
I. Formelle Verfassungswidrigkeit	35
II. Materielle Verfassungswidrigkeit	36
C. Die wissenschaftliche Diskussion	38
I. Kompetenz zum Abschussbefehl	39
II. Kein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG?	44
1. Kein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG mangels Verdinglichungssituation?	44
2. Keine verfassungswidrige Abwägung?	50
a. Nichtvorliegen einer Abwägungssituation?	51
b. Zulässigkeit einer Quantifizierung?	57
c. Aufgabe der Unantastbarkeit?	59
aa. Auflösung des Absolutheitsdogmas	60
aaa. Neudefinition des menschlichen Würdebegriffs	60
bbb. Zulässigkeit einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG	61
ccc. Stellungnahme	61

bb. Auflösung zugunsten einer staatlichen Schutzpflicht?	62
d. Einwilligung/Grundrechtsverzicht als Kompensation des Würdeverstoßes?	68
aa. Dispositionsfähigkeit des Rechtsguts Leben	70
bb. Dispositionsfähigkeit menschlicher Würde	71
3. Zwischenergebnis	74
III. Eingriffsbefugnis aus geltendem Recht?	75
1. Übertragbarkeit der Grundsätze des UZwGBw/UZwG	75
2. Übertragbarkeit der Zulässigkeit des polizeilichen Rettungsschusses	77
3. Lösung durch strafrechtliche Rechtfertigungsgründe	83
a. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	85
aa. Einseitig verteilte Rettungschancen/ asymmetrische Gefahrgemeinschaft	86
bb. Zulässigkeit der zahlenmäßigen Abwägung im Ausnahmefall?	87
cc. Stellungnahme	88
b. Defensivnotstand, § 228 BGB	92
c. Ergebnis	98
4. Abschlussbefugnis aufgrund strafrechtlicher Entschuldigung?	98
a. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand	98
b. Übergesetzlicher Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit	101
c. Ex-post Strafflosstellung	102
d. Stellungnahme	102
5. Zwischenergebnis	103
IV. Alternative Lösungsmodelle	104
1. Verfassungsänderung	104
2. Dogmatik der Grenzsituationen	107
a. Theorie vom Feindstrafrecht	107
b. Aufopferungspflicht	108
c. Überverfassungsrechtliches Staatsnotrecht/ Ausnahmestand	115
d. Theorie des rechtsfreien Raumes	117
D. Ergebnis	119

3. Kapitel Die Verfassungsmäßigkeit des Abschusses in den USA	122
A. Zulässigkeit nach völkerrechtlichen Vorgaben	124
I. Selbstverteidigungsrecht aus der UN-Charta	125
1. Die Unterscheidung Kombattant/Nichtkombattant	126
2. Kombattanten-Status der Flugzeuginsassen	127
II. Spezielle völkerrechtliche Verträge	130
1. Chicagoer Abkommen	130
2. Tokioter Abkommen	132
III. Staatenpraxis	133
1. El AL Flug 402, 27. Juli 1955	133
2. Korean Air Lines Flug 007, 1. September 1983	134
3. Iran Air Flug 655, 3. Juli 1988	135
4. Cessna 152, 24. Mai 2001	136
5. Schlussfolgerungen	136
IV. Ergebnis	138
B. Anwendbarkeit von US-amerikanischem Verfassungsrecht	139
C. Verfassungsrechtliche Anforderungen	140
I. Die Kompetenz zum Abschuss	140
1. Authorization for Use of Military Force	141
2. Präsidiale Direktiven	142
3. Notfallkompetenzen	143
a. Zuordnung zu Jacksons erster Kategorie?	145
aa. Verfassungsrechtliche Kompetenz	146
bb. Ausdrückliche Ermächtigung	148
cc. Konkludente Ermächtigung	148
aaa. Ausdrückliches Verbot durch den Posse Comitatus Act	148
bbb. Zwischenergebnis	154
b. Ergebnis	154
II. Weitere verfassungsrechtliche Bestimmungen	155
1. IV. Verfassungszusatz	156
a. Anwendbarkeit	156
b. Voraussetzungen des IV. Verfassungszusatzes	158
aa. Beschlagnahme	158
aaa. Terry v. Ohio	158
bbb. Brower v. County of Inyo	159
ccc. United States v. Mendenhall	159
ddd. Anwendung auf den Abschuss eines Passagierflugzeugs	160

bb. „Reasonableness“	166
cc. Ergebnis	171
2. V. Verfassungszusatz	171
a. Anwendbarkeit	172
b. Anspruch auf ein angemessenes substanzielles Verfahren	173
aa. Leben als fundamentales Recht	174
bb. Taugliche Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Rechts	174
cc. „Strict-Scrutiny“	175
aaa. Gesetzliche Eingriffsbefugnis	176
(1) Regulierender Charakter	177
(2) Abwägung	179
bbb. Der Abschuss als Maßnahme	180
c. Anspruch auf ein angemessenes prozedurales Verfahren	183
aa. Die Inhaftierung feindlicher Kombattanten	189
bb. Übertragbarkeit auf gezielte Tötungen	191
cc. Fazit	195
3. Das Verbot der Einzelfallbestrafung, Artikel I Abschnitt 9 US-Verfassung	197
4. Ergebnis	198
4. Kapitel Genealogische Analyse	200
A. Souveränität als Bedeutungsfundament im Recht	200
I. Moderne Souveränität als Glaubenskonstrukt	201
1. Christlicher Glaube und souveräner Staatskörper	202
2. Der Ausdruck moderner Souveränität/USA	205
a. Freund-/Feind-Differenzierung	206
b. Die Imagination des Opfers	207
II. Protestantische Souveränität/Deutschland	208
B. Spiegelung	210
I. Terrorist als Feind	211
1. Der Terrorist als Feind in den USA?	213
2. Der Terrorist als Feind in Deutschland?	220
3. Caveat: Faktizität und Zeit	224
4. Ergebnis	229
II. Die Imagination des Opfers	230
1. Die Frage der Einwilligung	231

2. Die Letztbedeutung des Staates	237
3. Konsequenz: Rechtfertigungsdogmatik – mit zweierlei Maß	239
4. Caveat: Die Frage der Unentschiedenheit und ihre Bedeutung	248
C. Schlussbetrachtung	251
D. Ausblick	254
Literaturverzeichnis	255
Onlinequellen	309
Stichwortverzeichnis	317
Anhang	323

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
A.F.L. Rev.	The Air Force Law Review
a.M.	am Main
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
ähnl.	ähnlich
allg.	allgemein
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Arizona L. Rev.	Arizona Law Review
Army Law.	The Army Lawyer
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AUMF	Authorization for Use of Military Force
B.C. Int'l Comp. L. Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
BayPAG	Polizeiaufgabengesetz Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BbgPolG	Brandenburgisches Polizeigesetz
Bd.	Band

Abkürzungsverzeichnis

Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz
BAK	Bundeskriminalamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BT-	Bundestag
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CA	California
Cal. L. Rev.	California Law Review
Campbell L. Rev.	Campbell Law Review
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International & Comparative Law
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics	Cardozo Public Law Policy & Ethics
Case W. Res. J. Int'l L.	Case Western Reserve Journal of International Law
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CIA	Central Intelligence Agency
CO	Colorado

Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn. Pub. Int. L. J.	Connecticut Public Interest Law Journal
Const. Comment.	Constitutional Commentary
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
Crim. L. & Phil.	Criminal Law & Philosophy
CT	Connecticut
D.C.	District of Columbia
ders.	Derselbe
dies.	dieselbe
diff.	Differenzierend
Diss.	Dissertation
D-Mark	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Duke J. Com. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
ebd.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EJIL	European Journal of International Law
Engage: J. Federalist Soc'y Prac. Groups	Engage: The Journal of the Federalist Society Practice Groups
EST	Eastern Standard Time
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
f.	Folgend
FAA	Federal Aviation Administration
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBI	Federal Bureau of Investigation
Fed. Supp.	Federal Supplement
ff.	Fortfolgend
FG	Festgabe
FL	Florida

Abkürzungsverzeichnis

Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Fordham Urban L. J.	Fordham Urban Law Journal
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Gen. Counsel of the Dep't of Def.	General Counsel of the Department of Defense
Geo. J. Int'l L.	Georgetown Journal of International Law
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
German. L. J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz
grds.	Grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. Int'l. L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. Nat'l Sec. J.	Harvard National Security Journal
Hast. L. J.	Hastings Law Journal
Hastings Const. L. Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
HFR	Humboldt Forum Recht
HmbSOG	Hamburgisches Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
Hous. J. Int'l L.	Houston Journal of International Law
HRRS	HRR Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HStR	Handbuch des Staatsrechts
I.C.J	International Court of Justice
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICAO	International Civil Aviation Organization/ Internationale Zivilluftfahrtorganisation
IfSG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen
IGH	Internationale Gerichtshof
IL	Illinois
IN	Indiana
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
insb.	Insbesondere
Int'l J. Const. L.	International Journal of Constitutional Law
Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col.	International Law Studies Series. US Naval War College
J. Air L. & Com.	Journal of Air Law & Commerce
J. Contemp. L.	Journal of Contemporary Law
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law & Criminology
J. Inst. Just. Int'l Stud.	Journal of the Institute of Justice and Inter- national Studies
J. Int'l Legal Stud.	Journal of International Legal Studies
J. Nat'l Security L. & Pol'y	Journal of National Security Law & Policy
J. Transnat'l L. & Pol'y	Journal of Transnational Law & Policy
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
Jr.	Junior
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
krit.	Kritisch
KritV	Die kritische Vierteljahresschrift für Gesetz- gebung und Rechtswissenschaft
KS	Kansas

Abkürzungsverzeichnis

LG	Landgericht
Lincoln L. Rev.	Lincoln Law Review
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MA	Massachusetts
MD	Maryland
Meck.-V.	Mecklenburg-Vorpommern
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mil. L. & L. War Rev.	Military Law and Law of War Review
Mil. L. Rev.	Military Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MN	Minnesota
MPC	Model Penal Code
Mü-Ko	Münchener Kommentar
N.Y.U. J. Legis. & Publ. Pol'y	New York University Journal of Legislation & Public Policy
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NATO	North Atlantic Treaty Organization
Naval War Coll. Rev.	Naval War College Review
NBrandSchG	Niedersächsisches Brandschutzgesetz
NC	North Carolina
Nds.	Niedersächsisches
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
New Eng. L. Rev.	New England Law Review
NJ	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NMCC	National Military Command Center
No.	Number
NORAD	North American Aerospace Defense Command
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NPOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetz
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NY	New York
NYPD	New York Police Department
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o. O.	ohne Ort
OLG	Oberlandesgericht
PA	Pennsylvania
Pace L. Rev.	Pace Law Review
PENTTBOM	Pentagon/Twin Tower Bombing Investigation
POG Rh.-Pf.	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
Pol. Sci. Q.	Political Science Quarterly
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
RAF	Rote Armee Fraktion
Re	In re
Rhld.	Rheinland
Rn.	Randnummer

Abkürzungsverzeichnis

RuP	Recht und Politik
Rutgers J. L. & Religion	Rutgers Journal of Law & Religion
Rutgers L. J.	Rutgers Law Journal
S.	Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S/Res.	Sicherheitsrat der Vereinten Nationen/ Resolution
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
Seattle U. L. Rev.	Seattle University Law Review
Seton Hall L. Rev.	Seton Hall Law Review
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
SoldG	Soldatengesetz
Sr.	Senior
St. Thomas L. Rev.	St. Thomas Law Review
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Temp. Int'l & Comp. L. J.	Temple International and Comparative Law Journal
Temp. L. Rev.	Temple Law Review
Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.	Temple Political & Civil Rights Law Re- view
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
ThürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
Tort & Ins. L. J.	Tort & Insurance Law Journal

TPG	Transplantationsgesetz
Tulsa J. Comp. Int'l L.	Tulsa Journal of Comparative International Law
U. Chic. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Mem. L. Rev.	University of Memphis Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Pa. J. Const. L.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
u.a.	und andere
U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y	U.C. Davis Journal of International Law & Policy
U.N./UN-	United Nations
U.S./US	United States
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
U.S.F. L. Rev.	University of San Francisco Law Review
UBWV	Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
UN-C	Charta der Vereinten Nationen
UNO	United Nations Organization
Utah L. Rev.	Utah Law Review
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes

Abkürzungsverzeichnis

UZwGBw	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VBl.BW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Virginia J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vol.	Volume
Vorbem	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. U. J. L. & Pol'y	Washington University Journal of Law & Policy
WI	Wisconsin
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review
Wis. Int'l L. J.	Wisconsin International Law Journal
WStG	Wehrstrafgesetz
Y.B. Int'l Hum. L.	Yearbook of International Humanitarian Law
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung

ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechts- dogmatik
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswis- senschaft
zust.	zustimmend

1. Kapitel Einleitung

Fünf Personen entführen ein voll besetztes Passagierflugzeug. Die Entführer beabsichtigen, das Flugzeug in einem von unbeteiligten Personen stark frequentierten Hochhaus zum Absturz zu bringen. Das Ziel kann vor dem intendierten Einschlag nicht rechtzeitig evakuiert werden, sodass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine große Anzahl von Menschen in dem Hochhaus sowie alle Personen an Bord des entführten Flugzeugs ihr Leben verlieren werden.¹ Die einzige Chance, die im Hochhaus befindlichen Menschen zu retten, ist der Abschuss der entführten Maschine, bevor diese ihr Ziel erreicht. Hierdurch verlieren jedoch alle Flugzeuginsassen – auch diejenigen, die nicht an der Entführung der Maschine und der weitergehenden Verwendung beteiligt sind – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ihr Leben. Den entführten Flugzeuginsassen ist es nicht möglich, die Kontrolle über die entführte Maschine zurückzuerlangen. Ferner besteht keine Möglichkeit, die unbeteiligten Flugzeuginsassen zu retten.

Angenommen, es bestünde die Möglichkeit, das Flugzeug durch einen gezielten Abschuss von seinem Ziel abzuhalten, welche rechtlichen Voraussetzungen müssten hierfür erfüllt sein? Könnten diese überhaupt zu einem Abschuss ermächtigen oder ist ein derartiges Eingreifen grundsätzlich immer unzulässig?

Eine Bedrohung durch entführte und zu Waffen pervertierte Zivilflugzeuge ist spätestens seit den Anschlägen vom 11. September 2001 in den USA bittere Realität. Doch schon Jahrzehnte vorher wurden Passagierflugzeuge für terroristische Zwecke missbraucht.² Bereits im Jahr 1972 musste sich der damalige Verteidigungsminister Leber während der Olympischen Spiele in München die Frage stellen, ob ein Passagierflugzeug, zu dem der Funkkontakt abgebrochen war, abgeschossen werden sollte. Es wurde vermutet, die Maschine sei von Terroristen entführt worden, die beabsichtigten, während der Abschlussfeier im Münchener Olympiastadion aus dem

1 Angelehnt an die tatsächlichen Flugzeugentführungen vom 11. September 2001, etwa auch Resnicoff, *Shooting Down Suicide Airplanes*, 10 *Issues in Aviation Law and Policy* (2010-2011), 281 (281).

2 Auch zur Erpressung von Lösegeldern, vgl. Atwell, *Aviation and International Terrorism*, in: *Research Handbook on International Law and Terrorism*, S. 57 (57 f.).

1. Kapitel Einleitung

Flugzeug heraus Bomben in die Abschlussveranstaltung zu werfen.³ Noch vor einer Entscheidung über einen Abschuss identifizierte sich das vermeintlich entführte Flugzeug als finnische Passagiermaschine, die sich aufgrund eines Defekts der Radaranlage verirrt hatte.⁴

Dennoch ist das durch die Anschläge von 9/11 verwirklichte, bis dahin völlig ungekannte, Bedrohungsrisiko nach wie vor beispiellos.⁵ Spätestens seit dieser Erfahrung wird jede Unterbrechung des Funkkontakts argwöhnisch untersucht und bewertet. In Deutschland ist etwa der Irrflug eines geistig verwirrten Mannes im Jahr 2003 über der Frankfurter Innenstadt in besonderer Erinnerung geblieben, der unter anderem Motiv des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (LuftSiG) wurde.⁶

Im Fall des unterbrochenen Funkkontakts besteht die Problematik zunächst in der Unsicherheit, festzustellen, ob rein technisches Versagen oder doch strafrechtlich relevantes Verhalten zum Abbruch des Funkkontakts geführt hat. Wurde eine missbräuchliche Intention ermittelt, stellt sich im Anschluss die wohl wichtigste Frage: Wie darf ein Staat auf eine Bedrohung durch eine entführte, als Waffe zweckentfremdete Passagiermaschine reagieren, die mit der Absicht eingesetzt wird, durch einen kontrollierten Absturz einer größtmöglichen Personenzahl Schaden zuzufügen?

Unbesehen der faktischen und technischen Schwierigkeiten der konkreten Sachverhaltsaufklärung oszilliert das Spektrum möglicher hoheitlicher Maßnahmen zwischen der Nichtbeeinträchtigung und dem Abschuss der entführten Maschine, wobei nicht nur die Bedrohung für am Boden befindliche Personen und Objekte zu berücksichtigen ist, sondern auch die Situation der an Bord befindlichen, unbeteiligten Flugzeuginsassen, die Opfer einer Entführung und Geiselnahme geworden sind.

A. Ausgangsüberlegung

Während in Deutschland seit der Nichtigerklärung von § 14 Abs. 3 LuftSiG, der einen Abschuss einer entführten Passagiermaschine zur Rettung

3 Leber, Vom Frieden, S. 227.

4 Leber, Vom Frieden, S. 230.

5 Nach Steiger, Das völkerrechtliche Folterverbot und der „Krieg gegen den Terror“, S. 27.

6 BT-Drs. 15/2361, S. 14; auch wenn dieser abgesehen von der Verwendung eines Flugzeugs keine bedeutenden Parallelen zu den Anschlägen vom 11. September 2001 aufweist.

von am Boden bedrohten Personen ausdrücklich normierte, ein solcher problematisch sein dürfte, entsteht der Eindruck, dass ein Abschuss zur Rettung Dritter in den USA rechtlich zulässig ist. Es scheint, als ob die Vernichtung des Rechtsguts Leben zugunsten Dritter in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten im Falle entführter, pervertierter Zivilflugzeuge so unproblematisch als rechtmäßig anerkannt wird, dass sich die Frage einer vermeintlichen Unzulässigkeit überhaupt nicht stellt. Denn obwohl der damalige Präsident Bush und auch sein Vizepräsident Cheney am 11. September 2001 Abschussbefehle für die entführten Maschinen erteilt hatten⁷ und die Befehle der Öffentlichkeit bekannt waren, wurde weder die Rechtmäßigkeit der Befehle noch die Rechtmäßigkeit eines möglichen Abschusses von den öffentlichen Medien oder innerhalb der US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskussion angezweifelt oder in Frage gestellt.⁸

Interessanterweise zeigt sich für die deutsche Verfassungsordnung ein gänzlich gegenteiliges Bild. Das Bundesverfassungsgericht kassierte die Eingriffsbefugnis des § 14 Abs. 3 LuftSiG mit einem Paukenschlag und erteilte jeglichem Bestreben der staatlichen Legitimation eines Abschusses eine deutliche Absage. Die Rechtswissenschaft reagierte mit scharfer Kritik und einer prominent geführten Diskussion über die Zulässigkeit des gezielten Waffeneinsatzes, in der nicht wenige Vertreter diese – im Widerspruch zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – bejahten.⁹

Ausgehend von diesem Meinungsbild soll anhand des oben geschilderten Beispielfalls nach Abbild der Anschläge vom 11. September 2001 zunächst geklärt werden, ob tatsächlich nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht ein Abschuss eines auch mit unbeteiligten Flugzeuginsassen besetzten Passagierflugzeugs rechtmäßig oder unrechtmäßig ist. Sollte sich die Prognose der Unzulässigkeit nach deutschem und die der Zulässigkeit nach US-amerikanischem Verfassungsrecht bestätigen, würde sich daran die Frage des „Warum“ anschließen. Worin könnte die Ursache für eine derart unterschiedliche rechtliche Wertung in zwei demo-

7 The 9/11 Commission Report, S. 40 f., (Onlinequelle).

8 Dershowitz, *Why Terrorism Works*, S. 189: “It is clearly right to shoot down a commercial jet (...)”; Huskisson, *The Air Bridge Denial Program and the Shoot-down of Civil Aircraft under International Law*, 56 A.F.L. Rev. (2005), 109 (136): “(...) no one would doubt the propriety of shooting down a civil aircraft on a suicide mission (...)”; im Ergebnis auch Resnicoff, *Shooting Down Suicide Airplanes*, 10 Issues in Aviation Law and Policy (2010-2011), 281 (293).

9 Zustimmung als Minderheit festgestellt von Khan, *Der Staat im Unrecht: Luftsicherheit und Menschenwürde*, in: *Der Staat im Recht*, S. 143 (148).

1. Kapitel Einleitung

kratischen, liberalen Rechtsordnungen zu finden sein, die doch übereinstimmend das Rechtsgut Leben als eines der bedeutendsten Verfassungsgüter anerkennen?

B. These

Ausgangsüberlegung der folgenden Untersuchung ist die Annahme, dass die von Paul W. Kahn und Ulrich Haltern verwendete kulturtheoretisch orientierte Theorie der Bedeutung von Souveränität im Recht Bewertungsquerstände und -divergenzen zwischen Rechtsordnungen aber auch dem nationalen Recht immanente Friktionen aufzuklären vermag.

Kahn und Haltern nehmen an, dass die Erfahrung des Rechts und die Erfahrung des Staates durch ein Verständnis von Souveränität geprägt wird, das auch eine Kategorie des Willens umfasse.¹⁰ Souveränität lasse sich als eine Imagination beschreiben, die Charakteristiken verwandt mit denen des christlichen Glaubens aufweise.¹¹ Kahn zeichnet für die USA ein Bedeutungskonzept von Souveränität, das er als modern beschreibt.¹² Hiervon ausgehend gelangt Haltern zu einer Bedeutungsbeschreibung des deutschen Souveränitätsverständnisses als aufgeklärt, protestantisch.¹³

Darauf aufbauend ist These der folgenden Untersuchung, dass der Grund für eine unterschiedliche rechtliche Wertung hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit eines staatlichen Abschusses einer entführten, mit unbeteiligten Passagieren besetzten Maschine in den USA wie auch in Deutschland in dem in der jeweiligen Rechtsordnung verwobenen Souveränitätsverständnis gefunden werden kann und sich dieses für die USA als Ausdruck eines modernen Souveränitätsverständnisses, für Deutschland hingegen als eines protestantischen beschreiben lässt.

Diese These bedarf jedoch insbesondere hinsichtlich der kontrovers geführten Debatte in Deutschland und den divergierenden Ergebnissen zahlreicher deutscher Rechtswissenschaftler, einen Abschluss als rechtmäßig zu bewerten, einer kritischen Überprüfung.

10 Etwa Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 55 ff.; Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, S. 103, 143 ff.

11 Haltern, *Was bedeutet Souveränität*, S. 29 f., 49; Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, S. 152.

12 Kahn, *Sacred Violence*, S. 34, 53; vgl. auch A. I. im 4. Kapitel.

13 Haltern, *Was bedeutet Souveränität*, S. 62 ff.; ausführlicher siehe A. II. im 4. Kapitel.

C. Methode

Den Kern der dogmatischen Untersuchung bildet ein Verfassungsvergleich zwischen den Regelungen des deutschen Grundgesetzes und der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika in Bezug auf die Frage, ob der Abschuss eines auch mit Unbeteiligten besetzten, entführten Passagierflugzeugs, das als Waffe eingesetzt werden soll, verfassungsrechtlich zulässig ist.¹⁴

Die Ergebnisse werden anschließend durch den von Kahn und Haltern verwendeten kulturtheoretisch inspirierten Analyserahmen erweitert, der Ansätze der kritischen Philosophie und anthropologischen Beschreibung kombiniert.¹⁵ Begründet wird eine kontextualisierende Ergänzung¹⁶ der rechtsdogmatischen Prüfung mit der Eindimensionalität bloß dogmatischer Betrachtungen.¹⁷ Beide nehmen an, Reformen seien zwar der Fokus der Rechtskultur,¹⁸ beleuchteten jedoch immer nur einen Teilbereich des Rechts selbst und blieben infolgedessen immanent innerhalb der rechtlichen Perspektive gefangen.¹⁹ Die kulturtheoretische Analyse des Rechts biete eine Möglichkeit zur Beantwortung von rechtswissenschaftlichen Fragen, die durch die Rechtswissenschaft nicht vollumfassend zufriedenstellend gelöst werden könnten, da sie anders als die bloß reformorientierte Untersuchung nicht dem Problem ausgesetzt sei, vom Untersu-

14 Allgemein zum methodischen Vorgehen der Rechtsvergleichung etwa Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1, S. 27 ff.; krit. dazu etwa Adams/Griffiths, *Against 'Comparative Method'*, in: *Practice and Theory in Comparative Law*, S. 279 (283 f.). Soweit angenommen wird, die funktionale Methode verfolge immer auch die Intention der Reform, vgl. etwa Michaels, *Functional Method*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 339 (342, 380), soll dies für die folgende Untersuchung explizit ausgeschlossen werden.

15 Siehe Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 36.

16 Für eine Ergänzung etwa auch Baer, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, *ZaöRV* 64 (2004), 735 (752).

17 Haltern, *Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, S. 193 (203 f.); ders., *Recht und soziale Imagination*, in: *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, S. 89 (90 ff.).

18 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 7 f.; Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 7.

19 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 8; ders., *Recht und soziale Imagination*, in: *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, S. 89 (90); Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 7, 27.

chungsgegenstand konsumiert zu werden, sondern diesen unabhängig betrachte.²⁰

Dieser Untersuchungsansatz zielt folglich gerade nicht auf die Ermittlung der „Richtigkeit und Wahrheit“ oder die Optimierung von Rechtssätzen ab, sondern geht der Frage nach, „welche Bedeutungen diese Sätze für die Erlebniswelt der jeweiligen Imagination haben“.²¹ Recht werde keineswegs als transzendentes Normgebilde, das von außen auf die Gesellschaft zugreife, sondern als Betrachtungsmodus, als Perspektive verstanden.²² Das Recht selbst verleihe dem Beobachtungsobjekt einen dem Recht eigentümlichen Sinn.²³ Angelehnt an Ernst Cassirer sei kulturtheoretisch informierte Rechtswissenschaft „nicht Erkenntnis äußerer Fakten oder Ereignisse; sie ist eine Form der Selbsterkenntnis“.²⁴ Sie müsse sich auf das Bedeutungssystem des Rechts konzentrieren, das sich in Symbolen materialisiere.²⁵ Ihr zentraler Auftrag bestehe darin, symbolische Formen und ihre Bedeutungen aufzudecken, die gleichsam reziprok von Menschen an das Recht herangetragen und wiederum aus dem Umgang mit selbigem erlangt würden.²⁶

Methodisch wird auf den von Kahn angewandten Untersuchungsrahmen zurückgegriffen, der aus einer zweiachsigen Matrix besteht: Architektur und Genealogie.²⁷

20 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 8, krit. auch zu anderen theoriegeleiteten Untersuchungsansätzen (ebd.); ders., *Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, S. 193 (204); Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 7, 27.

21 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 11, 17 f.; ders., *Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, S. 193 (206); siehe auch Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 7, 36.

22 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 17; ders., *Recht und soziale Imagination*, in: *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, S. 89 (91).

23 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 19; ders., *Recht und soziale Imagination*, in: *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, S. 89 (91).

24 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 17 f.; ders., *Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, S. 193 (207).

25 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 18; ders., *Obamas politischer Körper*, S. 39; ders., *Recht und soziale Imagination*, in: *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, S. 89 (93 ff.); Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 35 ff.

26 Haltern, *Europarecht und das Politische*, S. 18; ders., *Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, S. 193 (208); Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 39.

27 Kahn, *The Cultural Study of Law*, S. 41 ff.