

## Der Staat im Unrecht: Luftsicherheit und Menschenwürde

Daniel-Erasmus Khan<sup>1</sup>

Die Frage nach den äußersten Grenzen einer legitimen staatlichen Reaktion auf die Gefahr „terroristischer Luftpiraten“ hat in den vergangenen Jahren zu lebhaften, ja teilweise erbitterten Auseinandersetzungen geführt – unter Juristen ebenso wie in der politisch und ethischen Debatte. Das geflügelte Wort „Zwei Juristen – Drei Meinungen“ ist bekannt – und gerade bei diesem Thema zeigt sich erneut, dass die Rechtswissenschaft eben doch alles andere ist als eine exakte Wissenschaft.<sup>2</sup> Die Auseinandersetzung über aktuelle rechtspolitische Fragen, an der Eckart Klein seit vielen Jahrzehnten immer wieder lebhaft Anteil genommen hat,<sup>3</sup> ist sozusagen unser Lebenselixier – und darin unterscheiden wir uns kaum vom politischen Betrieb. In einer freiheitlich-demokratischen Staats- und Gesellschaftsordnung kann und sollte das aber auch gar nicht anders sein.

Der juristische Diskurs ist gelegentlich ein ermüdendes, wenig inspirierendes, wenn auch wohl unvermeidbares Werkeln am Detail. Manchmal scheint es gar, dass es nicht nur die berühmten berichtigen Worte des Gesetzgebers<sup>4</sup> sind, erfolgt oder unterlassen, die eine Diskussion immer wieder anheizt und am Leben erhält, sondern die Lust am Streiten selbst. Wer von uns wüsste das nicht. In der vorliegenden Fallkonstellation indes geht es um alles andere als ei-

---

<sup>1</sup> Professur für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität der Bundeswehr München

<sup>2</sup> Es ist an dieser Stelle gar nicht möglich, die Vielzahl der einschlägigen Veröffentlichungen von Straf- und Öffentlichrechtlern auch nur annähernd vollständig aufzulisten; vgl. zu den wesentlichen Protagonisten der intellektuellen Debatte im Grenzbereich des überhaupt Regelbaren daher nur die Nachw. bei *C. Roxin*, Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, ZIS 6/2011, 552ff.

<sup>3</sup> Schon seine allererste Veröffentlichung überhaupt führt *Eckart Klein* mitten in die lebhaften rechts- und gesellschaftspolitischen Kontroversen der 1968er Jahre: Begeht ein Soldat, der zur Kriegsdienstverweigerung auffordert, ein Dienstvergehen?, NZWehr 1969, 93 – 100 und auch zum Thema des vorliegenden Beitrags hat der Jubilar (natürlich!) engagiert Stellung genommen (Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (LuftSiG) auf dem Prüfstand, ZG 2005, 289-299).

<sup>4</sup> *J. von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848), 23.

ne rechtstechnische Detailfrage. Im Raum steht vielmehr eine im wahrsten Sinne des Wortes existentielle Frage des Staat-Bürger-Verhältnisses: Darf unser Staat, die Bundesrepublik Deutschland, in einer Ausnahmelage vorsätzlich unschuldige Bürger töten? Das ist nun tatsächlich eine Frage, die den Rahmen gewöhnlicher Rechtsanwendung und -gestaltung sprengt. In dieser „tragisch-monströsen Entscheidungslage“ – wie *Manfred Baldus* es einmal treffend ausgedrückt hat<sup>5</sup> – stößt das Recht an seine Grenzen und die Debatte über Legitimität und Grenzen der Terrorismus-Bekämpfung in eine Tiefendimension vor, die vorschnelle Antworten verbietet.<sup>6</sup>

Grenzen – zumal des eigenen Wirkungsbereiches – werden instinktiv als etwas Ärgerliches und schwer zu Akzeptierendes empfunden. Aber es ist die Grenzsituation, die den Blick frei macht für das Wesentliche, das Charakteristische einer Sache – hier unserer (Verfassungs-)Rechtsordnung und unseres Staates: „Ein individuelles System“ – so schreibt *Niklas Luhmann* – „kann sich selbst beobachten und beschreiben, wenn es dafür Differenzen und Limitationen organisieren kann“<sup>7</sup> und über die eben nicht nur in räumlicher Hinsicht formgebende Kraft der Begrenzung können wir bei *Robert Musil* lesen: „Schließlich besteht das Ding nur durch seine Grenzen ...“<sup>8</sup>.

Konkret sehen sich politische und juristische Verantwortungsträger in einer Grenzsituation wie derjenigen, um die es im vorliegenden Beitrag geht, nicht nur mit dem alltäglichen Problem konfrontiert „Wie soll ich etwas tun?“ Vielmehr müssen oder sollten sich die unmittelbar, vorbereitend oder auch nur kommentierend am Gesetzgebungs- oder Rechtsprechungsprozess Beteiligten ausnahmsweise auch einmal mit der für sie vielleicht etwas ungewohnten Frage auseinandersetzen: „Darf ich überhaupt etwas tun?“ Gerade wir Juristen sollten dabei bereit sein, immer auch die Grenzen des regulativ Machbaren mit zu bedenken und letztlich auch zu akzeptieren. Dies fällt offensichtlich nicht immer leicht. Man mag in letzter Zeit sogar eine gewisse Tendenz erkennen, dass die rote Linie zwischen dem, was der Staat darf und dem, was er eben nicht darf (deswegen ist er „verfasster“ Staat) vom Gesetzgeber, aber auch einer zuneh-

---

<sup>5</sup> Gefahrenabwehr in Ausnahmelagen. Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, NVwZ 2006, 532.

<sup>6</sup> So zu Recht *G. Beestermöller*, Kehrt Leviathan zurück? Der Terrorismus fordert die freiheitliche Demokratie heraus, Herder Korrespondenz 7/2007, 339. Auch hier wird dann allerdings aus moraltheologischer Sicht eine eher hilflose Antwort gegeben: „Das Eintreten für Nachdenklichkeit ist vielleicht einer der wichtigsten Beiträge, den Theologie hier leisten kann.“

<sup>7</sup> *N. Luhmann*, Soziale Systeme (2. Aufl. 1985), 360: Für die autopoietische Systemtheorie ist Abgrenzung die entscheidende Voraussetzung für Identitätsfindung überhaupt.

<sup>8</sup> *R. Musil*, Der Mann ohne Eigenschaften (16. Aufl. 2002), 26.

menden Zahl von Interpreten, bewusst überschritten oder – vielleicht besser etwas vorsichtiger – dass diese Linie zunehmend auf ihre Elastizität hin getestet wird.<sup>9</sup> Die Haltung, dass man mit einem „grenzwertigen“ Gesetzgebungsvorhaben in Karlsruhe vielleicht doch „mit einem blauen Auge“ davonkommen könnte, aus politischem Kalkül aber jedenfalls wertvolle Zeit gewonnen sei, ist gleichermaßen bedauerlich wie bedenklich.<sup>10</sup> Gleiches gilt letztlich auch, wenn ein oberstes Verfassungsorgan, der Bundespräsident, die ihm obliegende Verantwortung zur materiellen Verfassungsmäßigkeitsprüfung<sup>11</sup> trotz „erheblicher Zweifel“ an der Verfassungskonformität eines konkreten Gesetzes nach Karlsruhe delegiert. Handelt ein Bundespräsident, der ein Gesetz unterzeichnet obwohl er zu der Erkenntnis gelangt, dass „nach bisher übereinstimmender Auffassung in der Verfassungsrechtsprechung und -literatur [...] eine Abwägung Leben gegen Leben im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 GG (Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (Achtung der Menschenwürde) unzulässig [sei]“<sup>12</sup> und es die Verfassung daher verbiete zur Abwehr einer terroristischen Bedrohung von Staats wegen Leben zugunsten anderen Lebens zu opfern, eigentlich noch in Übereinstimmung mit seinem Amtseid (Art. 56 GG)? Er wolle den Weg freimachen – so *Horst Köhler* im Ja-

---

<sup>9</sup> Man mag hier nur an die intensive, ja erregte Diskussion über eine (mögliche) Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter (s. statt aller m.w.Nachw. nur *H. Bielefeldt* (Zur Unvereinbarkeit von Folter und Rechtsstaatlichkeit) einerseits und *W. Brugger* (Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?) andererseits, APuZ 36 (2006), 3ff und 9ff) oder bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Staaten im Rahmen der Terrorbekämpfung sowie an die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung denken. In einem ganz anderen, nicht menschenrechtlichen Kontext, mag man ähnliches auch konstatieren im Hinblick auf die schleichende Erosion mit verfassungsrechtlicher Bestandskraft ausgestatteter nationaler Vorbehaltsreservate zugunsten der europäischen Integration.

<sup>10</sup> Der Bundestag selbst war sich dieser Problematik im konkreten Fall durchaus bewusst und hat sich die Entscheidung nicht leicht gemacht, dies sei hier ausdrücklich betont: Das Parlament sah sich schlichtweg vor die Alternative gestellt „im Angesicht des „Terrorismus nach dem Muster des 11. September 2001“ untätig zu bleiben oder „eine Regelung zu treffen, die in den Grenzbereich des überhaupt Regelbaren hineinreichen müsse“ (BVerfGE 115, 129).

<sup>11</sup> Nach herrschender und zutreffender (aber bekanntermaßen nach wie vor umstrittener) Ansicht weist Art. 82 Abs. 1 GG dem Bundespräsidenten nicht nur die Rolle eines „Staatsnotars“ zu, sondern ist dieser auch zu einer materiellen Verfassungsmäßigkeitsprüfung der ihm unterbreiteten (einfachen) Bundesgesetze berechtigt und verpflichtet. Dies folgt schon aus der umfassenden Verfassungsbindung aller Staatsorgane (Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG), aus der folgt, dass auch der Bundespräsidenten nur solche Rechtshandlungen vornehmen darf, die mit dem Grundgesetz vereinbar sind (vgl. nur *R. Stettner*, Art. 82 Rdnr. 13 in *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar (Bd. II, 2. Aufl. 2006).

<sup>12</sup> Bundespräsident Horst Köhler, Pressemitteilung vom 12. Januar 2005 (abrufbar unter: [www.bundespraesident.de/DE/Amt-und-Aufgaben/Wirken-im-Inland/Amtliche-Funktionen/Entscheidung-Januar-2005.html](http://www.bundespraesident.de/DE/Amt-und-Aufgaben/Wirken-im-Inland/Amtliche-Funktionen/Entscheidung-Januar-2005.html) – besucht am 22. Mai 2012).

nuar 2005 – „für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung, die jeder Betroffene auch unter Hinweis auf die von mir aufgezeigten Bedenken durch das Bundesverfassungsgericht vornehmen lassen kann.“<sup>13</sup> Kann sich der höchste Repräsentant unseres Staates, dessen Amtseid ihn dazu verpflichtet „das Grundgesetz ... [zu] wahren und [zu] verteidigen“, und dem im Hinblick auf die Gesetzeskontrolle mit Art. 82 Abs. 1 GG insoweit auch ein adäquates Instrumentarium zur Verfügung steht, wirklich auf diese Weise seinen Amtspflichten entziehen?

## II.

Worum geht es konkret? Am 15. Januar 2005 ist in Deutschland das „Luftsicherheitsgesetz“ (LuftSiG) in Kraft getreten.<sup>14</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht war dieses Gesetzgebungsvorhaben aus einer Reihe von Gründen von Anfang an umstritten: Ließ die Kompetenzordnung des Grundgesetzes die Übernahme von Aufgaben der Luftsicherung durch die Bundeswehr überhaupt zu – und wenn ja in welchem sachlichen Umfang und auf welcher Rechtsgrundlage (Art. 73 Nr. 1 GG – Art. 73 Nr. 6 GG – unmittelbar aus Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG)? Hätte es unter dem Gesichtspunkt des Art. 87d Abs. 2 GG nicht einer – konkret nicht eingeholten – Zustimmung des Bundesrates bedurft? Durfte der Bundesgesetzgeber die klare Vorgabe des Verfassungstextes, wonach im Falle des überregionalen Katastrophennotstandes (also des Szenarios des Art. 35 Abs. 3 GG) nur die Bundesregierung als Ganzes nicht aber ein einzelner Bundesminister zuständig sein soll, einfach ignorieren? Der Grat zwischen Gedanken- und Respektlosigkeit des einfachen Gesetzgebers gegenüber dem Verfassungstext ist hier in der Tat ein sehr schmaler.

Dennoch, in seinem Urteil vom 15. Februar 2006<sup>15</sup> hat das Bundesverfassungsgericht dem Parlament im Hinblick auf die formellen Defizite des im Grundsatz gutgeheißenen Gesetzgebungsvorhabens „goldene Brücken“ für eine verfassungskonforme Ausgestaltung gebaut – insbesondere durch eine sehr weite Auslegung des Begriffs „Unglücksfall“ im Sinne des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG und die Herleitung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes unmittelbar aus Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG selbst. Angesichts einer komfortablen 2/3 Mehrheit im Parlament standen der Regierung seinerzeit auch alle parlamentarischen Ressourcen zur Verfügung, um die vom BVerfG insoweit für erforderlich gehaltenen gesetzgeberischen Korrekturen vorzunehmen.

---

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (BGBl I 2005 Nr. 3 v. 14.1.2005).

<sup>15</sup> 1 BvR 357/05 (BVerfGE 115, 118).

Im Zentrum der politischen und rechtlichen Auseinandersetzung aber stand ein ungleich schwerwiegenderes Problem: Ein möglicher Menschenwürdeverstoß des § 14 Abs. 3 LuftSiG:

„Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel, zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr ist.“

Das Szenario, welches dem Gesetzgeber für diese ultima ratio Klausel<sup>16</sup> vor Augen stand, ist bekannt: Die terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 in den USA, aber auch eine von Kriminellen ohne politische Absichten oder geistig verwirrten Einzeltätern verursachte Bedrohungslage wie die Entführung eines Motorseglers am 5. Januar 2003 in Frankfurt/Main.<sup>17</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Bestimmung in vollem Umfang für verfassungswidrig und nichtig erklärt (§ 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG): Die Norm sei unvereinbar (auch) mit der „Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert“.<sup>18</sup> Die am 6. März 2006 im Bundesgesetzblatt veröffentlichte,<sup>19</sup> mit Gesetzeskraft versehene Entscheidungsformel (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) lässt insoweit keinen Zweifel: § 14 Abs. 3 LuftSiG ist mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Für die praktische Politik hat die damalige Justizministerin *Brigitte Zypries* aus diesem Verdikt die einzig mögliche Konsequenz gezogen: „Für mich ist das Thema als Gegenstand der Gesetzgebung erledigt.“<sup>20</sup> Die vorbehaltlos gewährte und mit Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) ausgestattete Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes ließen ihr jedenfalls für das zur Entscheidung stehende Szenario wohl schlichtweg auch keinen Handlungsspielraum.<sup>21</sup> Karlsruhe locuta, causa finita?

---

<sup>16</sup> So ganz explizit auch die Gesetzgebungsmaterialien (Vgl. BT-Drucks. 15/2361 v. 14. Jan. 2004, 21).

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/2361, 14. Im letzteren Szenario stellt sich die Menschenwürdeproblematik indes nicht in der gleichen Schärfe, sind mit dem Piloten Täter und (potentielles) Opfer doch identisch und ist – vergleichbar mit dem „finalen Rettungsschuss“ des Polizeirechts – eine Tötungshandlung in einem derartigen Fall als ultima Ratio staatlicher Gefahrenabwehr allgemein anerkannt (auf diesen Unterschied weist zu Recht auch hin *E Klein*, ZG 2005, 294f).

<sup>18</sup> BVerfGE 115, 152 (mit Verweis auf seine std. Rspr.: BVerfGE 39, 1 (42); 72, 105 (115); 109, 279 (311)).

<sup>19</sup> BGBl. 2006 I Nr. 10, S. 466.

<sup>20</sup> Süddeutsche Zeitung v. 29. Febr. 2008, 6.

<sup>21</sup> Jedenfalls für das hier allein realistische und entscheidungserhebliche Szenario eines „nichtkriegerischen Luftzwischenfalls“ (vgl. BVerfGE 115, 153, 157 sowie BT-Drucks. 16/7738 – Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN et al.).

Mitnichten: Nicht nur in der Literatur ging die Diskussion lebhaft, ja mit zunehmender Schärfe weiter. Das Urteil sei „die Unvernunft selbst“,<sup>22</sup> „verhängnisvoll“,<sup>23</sup> es falle „den Bemühungen zum Schutz vor terroristischen Anschlägen in den Rücken“<sup>24</sup> und führe „zu einem widersinnigen Ergebnis.“<sup>25</sup> Vielmehr sah sich der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen Papier*, auch genötigt mit ungewohnt klaren Worten in die andauernde sicherheitspolitische Debatte einzugreifen und dabei insbesondere einer von den Bundesministern *Franz Josef Jung* und *Wolfgang Schäuble* ungeachtet des Diktums des Bundesverfassungsgerichts erwogenen Grundgesetzänderung eine kategorische Absage zu erteilen.<sup>26</sup> Dennoch, durch diese und eine ganze Anzahl weiterer Publikationen scheint der intellektuelle Boden für eine Abkehr von der kategorischen Abwägungsresistenz der Menschenwürdegarantie bereitet: „Wenn [...] die Zeichen der gegenwärtigen Debatte nicht trügen, wird die Verfassungsrechtspraxis und -wissenschaft nicht mehr allzu lange in diesem Zustand verharren.“<sup>27</sup> Und die Begründung?: „[E]s existiert keine Alternative.“<sup>28</sup>

Huldigt man widersinniger Unvernunft und fällt den Bemühungen zum Schutz vor terroristischen Anschlägen in den Rücken, wenn man den Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürdegarantie vorbehaltlos Beifall zollt und sich nicht an der mitunter polemischen Schelte des Karlsruher Gerichts beteiligt? In einer Minderheitsposition scheint man sich damit inzwischen tatsächlich zu befinden.<sup>29</sup> Dies ist überraschend, denn selten ist ein Urteil, eine Argumentation so klar und kompromisslos gewesen, selten die Handlungsanweisung für den Normgeber so eindeutig – und selten im Übrigen auch so wenig überraschend: Wer die bisherige Rechtsprechung des Gerichts kennt –

<sup>22</sup> *J. Isensee*, *Leben gegen Leben - Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*, Festschrift Jakobs (2007), 229.

<sup>23</sup> *H.-J. Hirsch*, *Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen*, Festschrift Küper (2007), 172.

<sup>24</sup> *K. Rogall*, *Ist der Abschuss gekapertter Flugzeuge widerrechtlich?*, *NStZ* (2008), 5.

<sup>25</sup> *A. Hillgruber*, *Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?*, *JZ* 2007, 217.

<sup>26</sup> *Der Spiegel* 3/2008 (14.01.2008), S. 24f: „Die Menschenwürde ist nicht abwägbar, sie ist vor allen Dingen auch nicht wegwägbar. Wir müssen uns allerdings auf den absoluten Gehalt, den Kerngehalt der Menschenwürde zurückbesinnen. Dieser ist dann aber strikt zu schützen, ohne Wenn und Aber.“ Ganz in diesem Sinne bereits zuvor *D. Khan*, *Der Spiegel* 2/2007 (8.1.2007), 17.

<sup>27</sup> *M. Baldus*, *Menschenwürdegarantie und Absolutheitstheorie - Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte*, *AöR* (2011), 551.

<sup>28</sup> *Ebd.*, 548.

<sup>29</sup> Ebenso im Ergebnis aber etwa auch *S. Hobe*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Gefahrenabwehr*, *ZLW* (2006), 335 sowie *D. Winkler*, *Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes*, *NVwZ* (2006), 538.

geteilt übrigens auch von der ganz überwältigenden Mehrheit der Verfassungsinterpreten – konnte schlichtweg nichts anderes erwarten. Dieses Urteil ist weder besonders lang, noch besonders kompliziert – und dennoch wird so heftig darüber diskutiert. Wie lässt sich das erklären?

Wir leben in Zeiten der Unsicherheit. Diese Unsicherheit betrifft alle Lebensbereiche und sie reicht von der persönlichen Biographie über soziale, gesellschaftliche und politische Strukturen bis hin zum Klimawandel und eben auch zum internationalen Terrorismus. Diese Unsicherheit stellt nicht zuletzt die Politik und damit auch die Rechtsordnung vor ganz besondere und möglicherweise qualitativ neue Herausforderungen. *Bardo Fassbender* hat jüngst überzeugend dargelegt, dass unser Staat ein „Staat des rationalen Wissens“ ist.<sup>30</sup> Das Vorhandensein von Wissen gehört damit zu den Grundlagen, den Voraussetzungen staatlichen Handelns, und damit natürlich auch zum Selbstverständnis dessen, wie hierzulande planend Politik gemacht wird: Expertenanhörungen, wissenschaftliche Dienste, Gutachten, Statistiken, technischer Sachverstand: All dies sind Charakteristika eines Staates, der seine Entscheidungen, ja seine Autorität und Legitimität auf Wissen gründet. Für den modernen Staat in der aufklärerisch-westlichen Verfassungstradition gilt: „Wer Autorität in Anspruch nimmt, muss diese auf Wissen gründen“.<sup>31</sup> Kein Orakel, kein heiliges Wissen, keine Magie oder Prophetie, keine charismatische Herrscher- oder gar Führerpersönlichkeit schafft heute mehr Legitimität!

Und wenn wir schlichtweg nichts wissen? Ja dann reagiert auch dieser Staat, aber auch dessen vielleicht prominenteste Interpreten, wir Juristen, irritiert, unsicher – wir wähen uns im Ausnahmezustand oder jedenfalls ganz nahe daran. Selbst nach Fukushima mag man der Auffassung sein, dass der Super-GAU eines Atomkraftwerkes bis zu einem gewissen Grad planend beherrschbar sei: Man weiß zumindest wo sich die Gefahrenquelle befindet, wie sich äußere Einflüsse (Erdbeben, Flugzeugabsturz, Tsunami ...) möglicherweise auf diese auswirken können, man verfügt über statistische Wahrscheinlichkeiten und man kann entsprechende Notfallpläne ausarbeiten und sich damit der Erwartung oder auch nur der Illusion hingeben, dieses Risiko auf der Grundlage gesicherten Wissens beherrschen zu können.

Aber wo, wann, gegen wen und mit welchen Mitteln (Sprengstoffgürtel oder Atomwaffe) ein Terroranschlag bevorsteht, das weiß wohl schlichtweg niemand. Und beim Szenario des Luftsicherheitsgesetzes potenziert sich das Unwissen noch einmal: Wer weiß schon wo ein gekapertes Flugzeug abstürzen

---

<sup>30</sup> Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Bd. IV – Aufgaben des Staates, 3. Aufl. 2006), 245.

<sup>31</sup> *N. Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft (1990), 149.

wird und mit welchen Folgen, auf dem Wannsee (vielleicht sogar mit einer kleinen Überlebenschance für den einen oder anderen Passagier) oder doch mitten in Potsdam? Sind die fast 900 Menschen an Bord eines voll besetzten Airbus A 380 wirklich nicht zu retten oder könnte ein „Pittsburgh Szenario“<sup>32</sup> nicht doch noch in allerletzter Minute Erfolg haben.<sup>33</sup> Wäre die Zahl der unschuldigen Flugopfer denn trotz dieser unvermeidbaren Prognoseunsicherheit zumindest in jedem Fall geringer als diejenige der Opfer am Boden, etwa bei einem Absturz auf eine Kleingartensiedlung?

Wenn die Herausforderung irrational wird, wenn es um eine wirklich diffuse Bedrohungslage geht, die nicht mehr in unser möglicherweise auch nur auf statistischer Wahrscheinlichkeit beruhendes Koordinatensystem rationaler Seins-erwartung passt, dann werden Urängste eines Staates geweckt, der – um seiner Existenz willen – letztlich alles aufzugeben bereit ist:

„Wo es um das Sein oder Nichtsein des Vaterlandes geht, gibt es kein Bedenken, ob gerecht oder ungerecht, mild oder grausam, löblich oder schimpflich. Man muss vielmehr alles beiseite setzen und die Maßregel ergreifen, die ihm [dem Staat] das Leben rettet und die Freiheit erhält.“<sup>34</sup>

Nun hat dieses Machiavellisieren natürlich auch seinerseits wieder etwas Irrationales: Denn niemand wird behaupten können, dass die Anschläge vom 11. September 2001 die Existenz der USA tatsächlich ernsthaft in Frage gestellt hätten, noch dass dies der internationale Terrorismus seither zu irgendeinem Zeitpunkt vermocht hat. Dies gilt natürlich erst Recht für die Bundesrepublik Deutschland. Das von Kritikern des Bundesverfassungsgerichts beschworene Menetekel terroristischer Angriffe, durch welche Zusammenbruch und Zerstörung des rechtlich verfassten Gemeinwesens drohten, stellt damit ein völlig hypothetisches, wirklichkeitsfernes Szenarium dar, das nicht zur rechtlichen Beurteilung anstand.<sup>35</sup> Und auch in absehbarer Zukunft ist ernsthaft keine Bedrohungslage denkbar, welche einen Anlass zum Nachdenken über ein mögliches Bürgeropfer zugunsten des Fortbestandes staatlicher Existenz bieten könnte.

---

<sup>32</sup> Zahlreiche Passagiere an Bord des United Airlines Flugs 93 hatten am Morgen des 11. Sept. 2001 vergeblich versucht, ihre Entführer zu überwältigen. Infolge dieses Befreiungsversuchs zerschellte das Flugzeug auf unbesiedeltem Gebiet 100 km von Pittsburgh/Pennsylvania und nicht – wie geplant – mitten im Regierungsviertel von Washington (The 9/11 Commission Report (2004), 13/14).

<sup>33</sup> Wohl zu Recht hatte die Unabhängige Flugbegleiter Organisation UFO vor dem Bundesverfassungsgericht vorgetragen, dass die Gefahr bestünde, dass von der Erde aus die Situation an Bord falsch eingeschätzt werde. Dort könne praktisch nicht beurteilt werden, ob die [engen] Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 LuftSiG wirklich vorlägen (BVerfGE 115, 135).

<sup>34</sup> *N. Machiavelli*, Discorsi, III (1517), 41.

<sup>35</sup> So zu Recht auch BVerfGE 115, 159.

Gefährdet sehen wir durch einen diffusen Gegner daher wohl in erster Linie unsere Lebensordnung, unsere Wertordnung – unseren „way of life“. Terroristische Akte werden inzwischen (anders als noch in den 70er und 80er Jahren zu Zeiten des RAF Terrorismus) eben wohl nicht mehr nur als höchstpotenzierte Verbrechen, sondern in ihrem Bedrohungspotential als etwas qualitativ Anderes empfunden. Müssen oder dürfen wir diesem „qualitativ Anderen“ dann auch mit „qualitativ anderen Mitteln“ begegnen, einem „Feindstrafrecht“ etwa?<sup>36</sup> Oder für die verfassungsrechtliche Ebene: Hat das Grundgesetz damit wirklich nur eine „Schönwetterwertordnung“ geschaffen, die sich zwar für den Normalfall leichter bis mittlerer Brisen bewährt, beim ersten Anzeichen des Aufkommens eines Sturmes aber ihre Untauglichkeit für die Herausforderungen der realen Welt erweist und damit der Relativierung preisgegeben werden muss?

Hier – und genau an diesem Punkt – stellt sich nun die Gretchenfrage: Wie hältst Du es mit der Menschenwürde? Die Antwort von Faust war bekanntermaßen ausweichend,<sup>37</sup> und so ist es auch die Antwort des Gesetzgebers des Luftsicherheitsgesetzes sowie leider auch einer wachsenden Zahl von Verfassungsinterpreten: Bildet das Würdegebot gerade in den Situationen, in denen die rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland vor einer echten Bewährungsprobe steht, dann letztlich doch nur ein „sozialethisches Tabu ... jenseits der rechtsstaatlichen Rationalität?“ und ist es wirklich eine „zukunftsweisende“<sup>38</sup> Perspektive, den Absolutheitsanspruch der Menschenwürde aufzugeben? In seiner bekannt pointierten Art hatte sich *Carlo Schmid* im Parlamentarischen Rat zu dieser existentiellen Frage des Staat-Bürger Verhältnisses unter dem Grundgesetz wie folgt positioniert: „Der Staat soll nicht alles tun können, was ihm gerade bequem ist, wenn er nur einen willfährigen Gesetzgeber findet, sondern der Mensch soll Rechte haben, über die auch der Staat nicht soll verfügen können.“<sup>39</sup> Der Verfassungsgeber ist ihm gefolgt.

Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes ist die unmittelbare Reaktion auf ein zivilisatorisches Versagen des deutschen Staates von monströsem Ausmaß. Dieser Staat sollte nie wieder die absolute Verfügungsgewalt über die ihm unterworfenen Individuen haben. Die bundesdeutsche Staatsgewalt nach 1945 verfügt eben nicht mehr über eine „General- und Blankovollmacht [...],

---

<sup>36</sup> Umfassende Auseinandersetzung mit einem insbes. von *Günther Jakobs* wiederbelebten, aber auch in der Staatsrechtslehre vereinzelt positiv rezipierten Feindstrafrechtskonzept jüngst bei *T. Marzahn*, *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?* (2011).

<sup>37</sup> *J.W. Goethe*, *Faust*. Der Tragödie erster Teil, Vers 3418ff (Marthens Garten).

<sup>38</sup> *J. Isensee*, *Würde des Menschen*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte* (Bd. IV 2010), 94; *Baldus* (Fn. 27).

<sup>39</sup> Rede vom 8. Sept. 1948 (Zweite Sitzung des Plenums), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle* (Bd. 9 – Plenum), 1996, S. 37.

sich nach eigenem Gutdünken mit allen Mitteln versehen zu dürfen, deren es zur Auseinandersetzung mit eingetretenen oder drohenden Lagen bedarf.<sup>40</sup> Und damit handelt es sich bei der „Absolutheitstheese [auch nicht etwa nur] um einen Lehrsatz einer weltlichen und mithin auch wandelbaren Dogmatik des positiven Verfassungsrechts“<sup>41</sup>. Die auch einem Abwägungsprozess nicht zugängliche Unverfügbarkeit über die Würde jedes einzelnen Menschen stellt vielmehr das Fundament unserer staats- und verfassungsrechtlichen Ordnung selbst dar und es gibt weder einen Anlass noch eine Berechtigung dieses die deutsche Verfassungsordnung der Gegenwart in besonderer Weise prägende und charakterisierende Konzept<sup>42</sup> in irgendeiner Weise zu relativieren. Das „hohe Lied der absoluten Geltung“<sup>43</sup> sollte ganz selbstverständlich in Friedenszeiten gesungen werden, aber eben gerade auch im Ausnahmezustand einer „kriegerischer Auseinandersetzung“. Einen „totalen Krieg“ nach innen oder nach außen sollte es nie mehr geben. Und deshalb kann man wohl auch recht optimistisch sein, dass das Bundesverfassungsgericht – sollte es hierzu die Gelegenheit erhalten – den Kern der Menschenwürdegarantie auch für den Fall eines Verteidigungsszenarios dem immer lauterem Ruf, sich „von den Lasten idealistisch-überhöhenden Denkens (zu) befreien und bei der Anwendung der Würdegarantie den Mut ... zu mehr juristischer Rationalität, Rechtsklarheit und Verfassungsehrlichkeit“ zu finden,<sup>44</sup> noch lange widerstehen wird.

Trotz aller bekannten Schwierigkeiten, die Verständnis, Auslegung und Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG dem Rechtsanwender bereiten und ungeachtet aller berechtigten Versuche, die Menschenwürdegarantie nicht zu kleiner Münze verkommen zu lassen,<sup>45</sup> sollte ganz unbeirrt daran festgehalten werden, dass das Grundgesetz eine Wertordnung errichtet hat, die der staatlichen Gewalt in guten wie in schlechten, in sicheren wie in weniger sicheren Zeiten und gegenüber jedem einzelnen „Gutmenschen“ aber (etwa bezogen auf das Folterverbot) eben gerade auch „Schlechtmenschen“ schlichtweg unüberschreitbare Grenzen zieht. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Grenzen zutreffend de-

---

<sup>40</sup> So noch *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre (1964), 818.

<sup>41</sup> So aber *Baldus* (Fn. 27), 529ff.

<sup>42</sup> Die Rezeptionsgeschichte des Menschenwürdekonzeptes des Grundgesetzes ist lang; vgl. nur Art. 1 Charta Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2010 C/83/389). Wieso ein im Verfassungsvergleich angeblicher „Sonderweg“ im Hinblick auf die konsequente Beachtung von Geist und Text der grundgesetzlichen Menschenwürdegarantie zu internationaler Isolation „mit allen Gefahren, die nationale Selbstbezogenheiten mit sich bringen können“, führen soll (*Baldus*, ebd., 548), bleibt unerfindlich.

<sup>43</sup> Eine doch wohl unverkennbar ironisierende Formulierung: *Baldus* ebd., 529.

<sup>44</sup> Ebd., 551.

<sup>45</sup> Teilweise absurd anmutende Beispiele einer Trivialisierung des Menschenwürdekonzeptes aus der Gerichtspraxis bei *H. Dreier*, Art. 1 Rdnr. 45ff in: *Dreier* (Hrsg), Grundgesetzkommentar (Bd. I, 2. Aufl. 2004).

finiert: 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.“<sup>46</sup>

Viel ist in letzter Zeit vom „Tabubruch“ die Rede:<sup>47</sup> Folter – „rechtsstaatlich domestiziert“, wie man lesen kann – und Menschenopfer sind hier nur die weitreichendsten Versuche eine Grenze zu testen. Rasterfahndung, Online-Durchsuchung, Vorratsdatenspeicherung, biometrische Daten und so weiter sind andere, in ihrer Kumulation nicht weniger bedenkliche Beispiele. Der „Tabubruch“ hat in der Tat etwas verharmlosend Voyeuristisches an sich: Der Bruch eines Tabus hat seine ganz besonderen Reize, es heißt, alte Zöpfe abzuschneiden, modern zu sein, mit der Zeit zu gehen, ja wahrhaft aufgeklärt zu sein. Diesem Reiz sollten wir nicht erliegen und uns auch bereits vor der bedenkenlosen Verwendung dieses Begriffs hüten, jedenfalls wenn es um die Diskussion von Kernelementen unserer Verfassungsordnung geht.

#### IV.

Zugegeben, die Konsequenzen dieser kompromisslosen Auffassung sind weitreichend: *Andreas Hillgruber* hat Recht, dieser Staat ist nur „bedingt abwehrbereit“;<sup>48</sup> und auch *Christoph Gramm* beklagt ganz zutreffend, dass dieser Staat bis zu einem gewissen Grad „wehrlos“ sei.<sup>49</sup> Auch der von *Otto Depenheuer* mit staatsphilosophischer Eleganz aber einem klar definierten rechtspolitischen Ziel diskutierte Weg erzwungener Menschenopfer, bietet keinen Ausweg.<sup>50</sup> Natürlich bleibt es jedem Einzelnen unbenommen, in einer Notsituation durch die Hingabe des eigenen Lebens das größtmögliche Opfer für die Gemeinschaft zu erbringen. Dies ist ehren- und anerkennenswert.<sup>51</sup> Aber es ist

---

<sup>46</sup> BVerfGE 115, 157.

<sup>47</sup> So formuliert etwa *J. Isensee*: „Wenn die Rettungsfolter dennoch [wegen der angeblichen grundrechtlichen Patt-Lage zwischen der Würde des Rechtsbrechers und der Würde seines Opfers] in der Judikatur wie in der Literatur für verfassungswidrig erklärt wird, so liegt der Grund jenseits der rechtsstaatlichen Rationalität in der Wahrung eines sozialetischen Tabus“ (Fn. 38), 93ff, 94.

<sup>48</sup> Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?, JZ 2007, 209ff.

<sup>49</sup> Der wehrlose Verfassungsstaat? DVBl. 2006, 653 (659).

<sup>50</sup> Das Bürgeropfer im Rechtsstaat. Staatsphilosophische Überlegungen zu einem staatsrechtlichen Tabu, Festschrift Isensee (2007), 43ff.

<sup>51</sup> Ein wenig aus der Zeit gefallen erscheint in diesem Zusammenhang aber dann doch folgende Aussage: „Ein historischer Wert kommt einer Sache erst dann zu, wenn

eben das Element der Freiwilligkeit, welches hier den qualitativen Unterschied ausmacht und die Annahme, dass Passagiere und Besatzungsmitglieder eines Flugzeugs antizipiert eine Einwilligung in ihre Tötung von Staats wegen abgeben würden, ist vom BVerfG völlig zu Recht als „lebensfremde Fiktion“<sup>52</sup> zurückgewiesen worden. Dass man aus dem Grundverhältnis zwischen Bürger und Staat ein derartiges Opfer soll verlangen können, das setzt dann wohl doch eine Staatsvorstellung voraus, die *Herbert Krüger* noch 1964 wie folgt formuliert hat:

„Der Bürger vollendet sein Werk der Staatshervorbringung als Untertan, indem er durch absoluten Gehorsam dem Staat zu jener unbedingten Wirksamkeit verhilft, ohne die er seinen Sinn, die die Gruppen bedrohenden Lagen zu meistern, nicht erfüllen könnte.“ [...] „Die Leistung von Gehorsam gegenüber dem Staat [ist ...] höchste irdische Selbsterfüllung der Menschenwürde.“<sup>53</sup>

Das aber ist offensichtlich nicht der Staat des Grundgesetzes. In der Tat, was bei *Depenheuer* als kritikwürdig erscheint, nämlich dass „die Unantastbarkeit der Menschenwürde ... zum absoluten und unübersteigbaren Reflexions- und Handlungsstopp staatlicher Selbstbehauptung“ werde<sup>54</sup> – ist der eigentliche Kern des Menschenwürdekongreptes des Grundgesetzes. Unsere Verfassungsordnung kennt eben keine Sicherheit um jeden Preis – niemals und unter keinen Umständen. Das ist die eigentliche Botschaft des Bundesverfassungsgerichts. Und es ist eine gute Botschaft. Der Preis unserer in besonderer Weise durch die Menschenwürdegarantie geprägten freiheitlichen Grundordnung ist (zumindest ein gewisses Maß an) Unsicherheit.

Selbstverständlich gehört die Gewährung von Sicherheit auch zu den sozusagen „natürlichen“ Aufgaben des Staates<sup>55</sup> – ein Grundrecht auf Sicherheit aber existiert mit Sicherheit nicht: Das folgt nicht nur aus einer schlichten Lektüre des Verfassungstextes, sondern wäre auch das Ende der durch seine positivrechtlich spezifizierten Freiheitsgrundrechte charakterisierten Grundrechtskonzeption.<sup>56</sup> Der „verfasste“ Staat westlich-demokratischer Prägung definiert sich

---

es Menschen gib, die dafür in den Tod gehen, und Politiker, die diese Opfer positiv würdigen.“ (*Depenheuer*, ebd., 59).

<sup>52</sup> BVerfGE 115, 157.

<sup>53</sup> *Krüger* (Fn. 40), 941 und 988. Mit dieser letzteren Feststellung endet das Werk.

<sup>54</sup> Ebd., 47.

<sup>55</sup> Die Angst vor der lebensbedrohlichen Unsicherheit des Naturzustandes war bekanntermaßen bereits eines der zentralen Motive für den Abschluss des (fiktiven) Gesellschaftsvertrages: *T. Hobbes*, *Leviathan* (1651), Kap. XVII; *J. Locke*, *Über die Regierung* (1690), Kap. 8, 95.

<sup>56</sup> „Das Grundgesetz kennt den ... gerne beschworenen Widerspruch zwischen Freiheit und Sicherheit nicht. Sicherheit dient der Freiheit, sie ist kein Selbstzweck“ (*C. Möllers*, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt* (2009), 102. Zu eingehender Kritik an

eben wesentlich nicht über das, was er tun darf, sondern über das was er nicht tun darf, also über seine Grenzen: Die wichtigste, ja vielleicht sogar einzige „rote Linie“, die unsere Verfassungsordnung für staatliches Handeln markiert ist die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG: Wer auf dieser „roten Linie“ balanciert, gerät zumindest in die Gefahr, den Boden unserer Verfassungsordnung zu verlassen.

Nun sind Grenzen natürlich immer nur theoretisch raumlose Linien; eine gewisse Grauzone gibt es schon – und darüber lässt sich sicher diskutieren – zumal der Begriff der Menschenwürde „mit zweieinhalbtausend Jahren Philosophiegeschichte belastet ist“.<sup>57</sup> Was man zur Zeit aber wohl beobachten muss, ist eben doch mehr als ein normaler juristischer Diskurs in einer rechtlichen Grauzone: Nämlich die bewusste Grenzverletzung, manchmal vielleicht auch die Lust am provokativ-intellektuellen Tabubruch – und mit letzter Konsequenz damit wohl der Abschied vom „unbestrittenen normativen Höchststrang“ der Menschenwürde, „einem Absolutum in einer zutiefst relativistischen Welt“ – wie man ganz treffend bei *Host Dreier* lesen kann.<sup>58</sup> Und die Begründung hierfür ist letztlich sehr einfach und wenig überzeugend: „Der Staat darf nicht untätig bleiben, nur weil sich für ihn das Dilemma Leben gegen Leben nicht ohne Einbuße an Leben auflösen lässt“.<sup>59</sup> Doch, in der hier vorliegenden Fallkonstellation darf der Staat nicht nur untätig bleiben, er muss es sogar!

Müssen wir dann unsere Verantwortungsträger auf allen Ebenen in einer tragischen Entscheidungssituation allein lassen? Ja und Nein.

Ja: Die regulative Kraft des Rechts hat Grenzen – und hier ist eine solche erreicht. Hier geht es um einen Konflikt, der mit den Mitteln des Rechts schlichtweg nicht lösbar ist – und ein guter Jurist und ein weiser Gesetzgeber sollte dies anerkennen und akzeptieren. Es muss vielmehr geradezu als ein Zeichen der Reife und Stärke einer Rechtsordnung angesehen werden, wenn sie in der Lage und bereit dazu ist, sich in bestimmten extremen Situationen selbst zugunsten übergeordneter Erwägungen und Prinzipien zu öffnen und zurückzunehmen, ohne damit als Ganzes daran zu zerbrechen. Die Menschenwürde aber ist eine solche „Öffnungsklausel“: Sie öffnet den Blick der Verfassung auf Räume jenseits ihrer selbst: Nicht mehr der rechtlichen Normierung zugänglich, ist hier

---

der gegenteiligen Auffassung (*J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates (1983)) ist hier kein Raum.

<sup>57</sup> *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrecht – Staatsrecht II (26. Aufl. 2010), 85. Tatsächlich lassen sich zentrale Wurzeln des Menschenwürdegedankens bereits in der stoischen Philosophie nachweisen (vgl. *A. Margalit*, Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung (1999), insbes. 39ff).

<sup>58</sup> Grundgesetzkommentar (Fn. 45), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 41

<sup>59</sup> *Isensee*, Festschrift Jakobs (2007), 229.

letztlich nur Eines gefragt: Individuelle Übernahme von Verantwortung: „Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen“<sup>60</sup> oder – vielleicht etwas weltanschaulich neutraler – die Berufung der Antigone auf die „festen Satzungen im Himmel“<sup>61</sup> – mag dieser für den Einzelnen Moral, Gewissen oder Gottesfurcht bedeuten.

Natürlich ist Verantwortungsübernahme risikobehaftet. Aber dieses Risiko kann man dem, der „in der Verantwortung steht“ – wie eine beliebte Politikerfloskel lautet – eben nicht abnehmen: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders – Gott helfe mir Amen“ Für Luther war das Risiko seiner Gewissensentscheidung auf dem Reichstag in Worms 1521 ein latentes Todesurteil durch Vogelfreiheit und Bann. Welches Risiko geht ein Politiker eigentlich heute ein, wenn er in einer „tragisch-monströsen Entscheidungslage“ dann doch einen Abschussbefehl gibt? Wegen Verletzung von Verfassung und Amtseid wäre ein Rücktritt wohl unvermeidbar. Ein solches Opfer aber wird man einem politischen Verantwortungsträger aber wohl durchaus abverlangen können.

Nein: Ganz allein lässt die Rechtsordnung den Handelnden in einer solch tragischen Lage nicht: Wir können sicher davon ausgehen, dass unsere Rechtsordnung für eine zurückhaltend, in aller Ernsthaftigkeit, verantwortungsvoll und nur für den Extremfall getroffene Entscheidung wider das positive Recht Verständnis aufbringen wird. Das Bundesverfassungsgericht deutet dies im Übrigen auch ganz explizit an: „Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären.“<sup>62</sup> Aber ein übergesetzlicher Notstand<sup>63</sup> ist eben schon begrifflich ein Konflikt, der außerhalb der positiven Rechtsordnung angesiedelt ist: Rechtens kann eine Tötung unbeteiligter Passagiere damit nie und nimmer sein – aber die Rechtsgemeinschaft kann hier unter Umständen Milde walten lassen. Bei dieser Wertung muss und sollte man es belassen.

## V.

*Aharon Barak* war von 1995 – 2006 Präsident des Israeli Supreme Court und so auch in einem Verfahren, in dem es um die Anwendung von Folter durch is-

---

<sup>60</sup> Apostelgeschichte 5, 29.

<sup>61</sup> Sophokles, *Antigone* (442 v. Chr.), 2. Akt.

<sup>62</sup> BVerfGE 115, 157.

<sup>63</sup> Die Strafrechtswissenschaft diskutiert in diesem Zusammenhang eine Vielzahl von Modellen: Vgl. hierzu nur *Roxin* (Fn. 2), 552ff sowie *ders.*, Noch einmal. Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat, GA 2011, 1ff.

raelische Sicherheitskräfte ging. Aus dem in dieser Sache am 14. Dezember 2006 ergangenen Urteil stammen die folgenden Worte:

„Gerade wenn die Kanonen dröhnen, brauchen wir die Gesetze ganz besonders ... Jeder Kampf des Staats – gegen Terrorismus oder gegen einen anderen Feind – wird nach Recht und Gesetz geführt ... Es gibt keine ‚schwarzen Löcher‘. ... Das Prinzip, das diesem Ansatz zugrunde liegt ... ist Ausdruck des Unterschieds zwischen einem demokratischen Staat, der um sein Leben kämpft, und dem Kampf von Terroristen, die sich gegen ihn auflehnen. Der Staat kämpft im Namen des Rechts und im Namen der Aufrechterhaltung des Rechts. Die Terroristen kämpfen gegen das Recht und verletzen es gleichzeitig. Der Kampf gegen den Terrorismus ist auch der Kampf des Rechts gegen diejenigen, die sich gegen das Recht auflehnen.“<sup>64</sup>

„Gerade wenn die Kanonen dröhnen“ – und in Israel dröhnen sie ja regelmäßig noch in ganz anderer Masse als man sich das für Deutschland jemals vorstellen könnte – ja gerade dann geht es für den freiheitlich-demokratischen Staat darum seine Überlegenheit zu demonstrieren. Und diese Überlegenheit besteht nicht in Waffen, sondern in der Legitimität, die sich auch und gerade in der Begrenztheit des Einsatzes eben derselben ausdrückt. Das Bundesverfassungsgericht hat Recht: Es gibt keinen totalen Krieg gegen den Terrorismus – und es darf einen solchen auch nicht geben. Andernfalls hätte der Terrorismus den Kampf schon halb gewonnen.

Ist der Staat also immer im Recht? Nein, und es ist beruhigend zu wissen, dass der Gesetzgeber jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes durch einen bloßen Federstrich eben doch nicht alle Bibliotheken zu Makulatur werden lassen kann.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> HCJ 769/02 (The Public Committee against Torture in Israel (et al.) v. The Government of Israel (et al.) Rdnr. 61ff) [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf) (besucht am 24. Mai 2012).

<sup>65</sup> J. von Kirchmann (Fn. 4), 23.