

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	27
-------------------	----

2. Teil

Bestimmung verfassungsrechtlicher Begriffe	33
---	----

„Einsatz“ im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG	33
Meinungsstand	34
1. Jegliche Verwendung	34
2. Kriterium der „Bewaffnung“	35
3. Kriterium der „militärischen Verwendung“	36
4. Kriterium der „innenpolitischen Neutralität“	36
5. Führung durch Befehl und Gehorsam	37
6. „Zweigliederter Einsatzbegriff“	38
7. Ansatz von Schäuble	39
8. Mittel der vollziehenden Gewalt bzw. hoheitliches Handeln	39
Anwendung auf die Tätigkeiten auf Grundlage des LuftSiG	41
1. Maßnahmen nach §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 LuftSiG	42
2. Allgemeine Luftraumüberwachung	44
a) Meinungsstand	46
b) Vergleich mit AWACS-Überwachungsflügen	48
aa) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 2003	48
bb) Bewertung in der Literatur	49
c) Stellungnahme und Ergebnis	51
d) Exkurs: Luftraumüberwachung bei der WM 2006	53
I. Zusammenfassende Thesen zum Begriff „Einsatz“ im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG	54
„Verteidigung“ im Sinne des Art. 87a Abs. 1, 2 GG	54
Meinungsstand	56
Bewertung	59
I. Zwischenergebnis	61
1. Verfassungsauftrag und Kompetenzgrundlage	61
2. Begrenzungsfunktion	62

IV. Völkerrechtliche Aspekte der Verteidigung	67
1. Gewaltverbot gemäß Art. 2 Nr. 4 UN-Charta	68
2. Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UN-Charta	69
a) Definition des „bewaffneten Angriffs“	71
aa) Neubestimmung des Selbstverteidigungsrechts	73
(1) Politische Reaktionen	73
(2) Literaturmeinungen	75
(3) Gutachten des Internationalen Gerichtshofs vom 9. Juli 2004	77
bb) Bewertung	79
(1) Wortlaut	80
(2) Historische Aspekte	81
(3) Praxis nach dem 11. September 2001	82
(4) Teleologisch-funktionelle Auslegung	84
b) Umfang des Selbstverteidigungsrechts gegen nicht-staatliche Angreifer	87
c) Zwischenergebnis	90
3. Spezielle völkerrechtliche Regelungen für den Luftverkehr	90
a) Art. 3 bis Chicago Convention	91
b) Anwendung auf das LuftSiG	92
c) Eigene Ansicht	94
d) Zwischenergebnis	96
4. Ergebnis zu den völkerrechtlichen Aspekten der Verteidigung	96
V. Neuausrichtung beziehungsweise Erweiterung des verfassungsrechtlichen Verteidigungsbegriffs	96
1. Air-Policing als originäre Verteidigungsaufgabe	99
2. Betrachtung von der Opferseite	103
3. Wirksamkeit der Landesverteidigung	104
4. Ansatz von Wiefelspütz	105
VI. Kritik gegen eine Neuausrichtung beziehungsweise Erweiterung	106
VII. Bewertung	110
1. Historische Aspekte	111
2. Entstehungsgeschichte	112
3. Systematik und Normzweck	113
4. Staatspraxis	118
5. Zwischenergebnis	118
VIII. Anwendung auf denkbare Gefahrenlagen	119
1. Grundlegendes zur Bestimmung des Ursprungs der Gefahr	119
2. Grenzüberschreitender Sachverhalt	122
3. Mittelbarer Angriff von außen	124
a) Meinungsstand	125

b) Eigene Ansicht	127
aa) Mittelbarer Angriff von außen aus völkerrechtlicher Sicht ...	127
bb) Vereinbarkeit mit Art. 87a Abs. 2 GG	131
cc) Zwischenergebnis	134
4. Staatsangehörigkeit	134
a) Deutsche Staatsangehörige	134
b) Ausländische Staatsangehörige	136
5. Angriffe gegen die Bundeswehr	136
a) Grundsätze der Eigensicherung der Streitkräfte	136
b) Anwendung auf die Praxis	138
6. Angriffe aus der Bundesrepublik gegen NATO-Staaten	139
IX. Beurteilungsspielraum bezüglich der Verteidigung	142
1. Entscheidungskompetenz für Einsätze zur Verteidigung	143
a) Meinungsstand	143
b) Eigene Ansicht	144
2. Luftzwischenfall am 11. September 1972	146
a) Meinungsstand	147
b) Bewertung	148
aa) Vergleich mit Sekundäreinsätzen der Streitkräfte	149
bb) Übertragbarkeit auf den Verteidigungsauftrag	150
3. Gerichtliche Überprüfbarkeit	152
a) „Judicial Restraint“ im angloamerikanischen Rechtskreis	152
b) Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG	153
4. Zwischenergebnis	156
X. Umfang des Verteidigungseinsatzes	156
XI. Zusammenfassende Thesen zur Verteidigung im Sinne des Art. 87a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG	157
C. Streitkräfte	158
I. Allgemeine Definition	158
II. Abordnung an Gefahrenabwehrbehörden	159
D. Exkurs: Verbesserte Ausstattung der Polizeikräfte	161

3. Teil

Abwehr auf Grundlage des LuftSiG

163

A. Einleitung	163
I. Historischer Hintergrund	163
II. Handlungsbedarf nach dem 11. September 2001	165
B. Neuregelungen des LuftSiG	167

I.	Allgemeine Regelungen	168
II.	Regelungen bezüglich des Einsatzes der Streitkräfte	168
1.	§ 13 LuftSiG	168
a)	§ 13 Abs. 1 LuftSiG	169
b)	§ 13 Abs. 2 LuftSiG	169
c)	§ 13 Abs. 3 LuftSiG	170
d)	§ 13 Abs. 4 LuftSiG	171
2.	§ 14 LuftSiG	171
a)	§ 14 Abs. 1 LuftSiG	172
b)	§ 14 Abs. 2 LuftSiG	172
c)	§ 14 Abs. 3 LuftSiG	173
d)	§ 14 Abs. 4 LuftSiG	174
3.	§ 15 LuftSiG	175
C.	Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 bis 15 LuftSiG in formeller und wehr- verfassungsrechtlicher Hinsicht	177
I.	Formelle Verfassungsmäßigkeit	177
1.	Zuständigkeit für die Regelungen in §§ 13 bis 15 LuftSiG	177
a)	Art. 73 Nr. 6 GG	177
b)	Art. 73 Nr. 1 GG	179
aa)	„Finaler Ansatz“	180
bb)	Restriktiver Ansatz	181
cc)	Extensiver Ansatz	182
dd)	Gleichstellung des Verteidigungsbegriffs in Art. 73 Nr. 1 und Art. 87a Abs. 2 GG	183
ee)	Bewertung der Bundeskompetenz nach Art. 73 Nr. 1 GG ...	183
c)	Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz des Bundes	185
d)	Zwischenergebnis	186
2.	Verfahren	186
a)	Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens	187
b)	Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens	190
aa)	Zustimmungsbedürftigkeit gemäß Art. 84 Abs. 1 GG	191
bb)	Zustimmungsbedürftigkeit gemäß Art. 85 Abs. 1 GG	192
(1)	Einrichtung von Behörden	192
(2)	Zustimmungsbedürftigkeit durch Regelungen des Ver- waltungsverfahrens	194
cc)	Zustimmungsbedürftigkeit gemäß Art. 87d Abs. 2 GG	197
(1)	Zustimmungsbedürftigkeit durch § 16 Abs. 3 Satz 2 LuftSiG	197
(2)	Zustimmungsbedürftigkeit durch § 16 Abs. 2 LuftSiG ..	199
dd)	Zustimmungsbedürftigkeit durch die Änderung des LuftVG ..	200

c) Zwischenergebnis	201
3. Form	201
4. Zwischenergebnis formelle Verfassungsmäßigkeit	201
II. Materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 bis 15 LuftSiG aus wehrverfassungsrechtlicher Sicht	202
1. Vereinbarkeit mit Art. 87a Abs. 2 GG	202
a) Einsatzermächtigung gemäß Art. 35 Abs. 1 GG?	202
aa) Bejahung einer ausdrücklichen Zulassung	203
bb) Bewertung	204
b) Einsatzermächtigung gemäß Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GG	205
aa) Allgemeines zum Katastrophennotstand	206
(1) Tatbestandliche Voraussetzungen	206
(2) Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG als Bundeskompetenz	210
(3) Rechtsgrundlagen für Einzelbefugnisse	211
bb) Zulässigkeit des Präventiveinsatzes	213
(1) Grammatikalische Auslegung	214
(2) Historische Aspekte	218
(3) Entstehungsgeschichte	219
(4) Systematische Auslegung	220
(a) Bezug zu Art. 35 Abs. 2 Satz 1 GG	221
(b) Bezug zu Art. 87a Abs. 2 GG	222
(c) Bezug zu sonstigen Regelungen	222
(d) Bewertung	223
(5) Teleologische Auslegung	224
(6) Zwischenergebnis zum Präventiveinsatz	227
(7) Konstruktion eines „Gesamtunglücksfalls“	227
cc) Einschränkung nach Einsatzmittel	228
(1) Meinungsstand	229
(2) Grammatikalische Auslegung	232
(3) Historische Auslegung	233
(4) Entstehungsgeschichte	233
(5) Systematik und Normzweck	235
(6) Zwischenergebnis	236
dd) Einschränkung in zeitlicher Hinsicht	237
c) Besonderheiten für den Einsatz im überregionalen Katastrophennotstand	240
d) Entscheidungskompetenz für den Einsatz der Streitkräfte	241
aa) Entscheidungskompetenz im überregionalen Katastrophennotstand	241
(1) Begriff der „Bundesregierung“ in Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG	242

(2) Ausnahmen	244
(a) Staatspraxis	244
(b) Befehls- und Kommandogewalt nach Art. 65a GG ..	247
(c) Vorläufige Notkompetenz	249
(d) Bewertung	250
(e) Zwischenergebnis	253
bb) Entscheidungskompetenz im regionalen Katastrophennot-	
stand	253
cc) Parlamentsvorbehalt für Einsätze nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2,	
Abs. 3 Satz 1 GG	255
(1) Meinungsstand	256
(2) Eigene Ansicht	258
(3) Ergebnis	261
2. Sonstige Grundlagen für den Streitkräfteeinsatz	261
a) Einsatz nach Art. 87a Abs. 3 GG	261
aa) Einsatz im Verteidigungsfall	262
bb) Einsatz im Spannungsfall	263
b) Einsatz nach Art. 87a Abs. 4 Satz 1 GG	264
aa) Einsatzvoraussetzungen	265
(1) Ansatz von Fiebig	267
(2) Eigene Ansicht	268
bb) Rechtsfolge	270
(1) Begriff der „Aufständischen“	270
(2) Militärische Bewaffnung	272
cc) Ergebnis	273
c) Analoge Anwendung von Art. 87a Abs. 4, 91 Abs. 2 Satz 1,	
2. Alt., Satz 3 GG	273
d) Einsatz auf Grundlage von Art. 73 Nr. 6, 87d GG	273
e) Ungeschriebenes Notrecht als Grundlage	275
III. Zusammenfassende Thesen zur Verfassungsmäßigkeit des LuftSiG	277
D. Grundrechtliche Probleme	278
I. Grundlegendes zur Tötung von Störern und Unbeteiligten	280
1. Tötung der Störer	280
2. Tötung von sonstigen Flugzeuginsassen	282
a) Behandlung von Unbeteiligten nach geltendem Recht	282
aa) Begriff „Unbeteiligter“	282
bb) Gefährdung des Lebens Unbeteiligter	284
(1) Rechtslage nach dem UZwGBw	284
(2) Gefährdung nach dem allgemeinen Polizeirecht	286
(3) Zwischenergebnis	287

cc) Exkurs: Tötung von Unbeteiligten nach der EMRK	288
(1) Grundlegendes zur EMRK	289
(2) Ausnahmen vom Tötungsverbot nach Art. 2 Abs. 2 EMRK	291
(3) Einschränkung nach Art. 15 Abs. 2 EMRK	293
(a) Krieg	294
(b) Rechtmäßige Kriegshandlung	295
b) Ergebnis	297
3. Tötung von Dritten	298
II. Vereinbarkeit mit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG	299
1. Meinungsstand in der Literatur vor der Diskussion um das LuftSiG ..	301
a) Tötungen durch die Streitkräfte im Notstandsfall	301
b) Tötung Unbeteiligter im Rahmen des Widerstandsrechts	302
aa) Ansätze in der Literatur	302
bb) Rechtsprechung	303
cc) Zwischenergebnis	304
2. Philosophische Betrachtungen	304
a) Ansatz von Fritze	305
b) Ansatz von Sinn	307
c) Dogmatik der Grenzsituation	307
3. Diskussion nach den Anschlägen vom 11. September 2001	309
a) Äußerungen in der öffentlichen Sachverständigenanhörung	310
b) Quantifizierung als Menschenwürdeverstoß	310
c) Weitere Stimmen pro Menschenwürdeverletzung	312
d) Ansatz von Herdegen	313
e) Ansatz von Re. Merkel	315
f) Ansatz von Gramm	316
g) Weitere Stimmen contra Menschenwürdeverletzung	316
4. Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	318
a) Rekurs auf die „Objektformel“	318
b) Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht	320
5. Interpretation und Bewertung des Urteils	321
a) Rechtswissenschaftliche Äußerungen	321
b) Politische Äußerungen	325
6. Eigene Bewertung	328
a) Eigene Interpretation des Urteils	328
b) Offenheit der Objektformel	332
aa) Philosophischer Hintergrund der Objektformel	332
bb) Weiterentwicklung durch Wintrich und Dürig	333
cc) Ansätze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	335

dd) Zwischenergebnis	336
c) Konkretisierung im Hinblick auf die Tötung Unbeteiligter	337
aa) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund	337
bb) Tötungshandlungen durch die Bundeswehr	338
(1) Lösungsansätze in der Literatur	340
(a) „Schutzbereichslösung“	340
(b) „Notwehrlösung“	341
(c) Anwendung kriegsvölkerrechtlicher Grundsätze	341
(2) Bewertung	343
(3) Zwischenergebnis	344
cc) Lebensgefährdungen im Bereich der Wehrpflicht	345
(1) Rechtfertigung der Lebensgefährdung	347
(2) Bewertung	347
(3) Zwischenergebnis	349
dd) Widerstandsrecht gemäß Art. 20 Abs. 4 GG	350
d) Praktische Probleme	351
e) Abschließende Betrachtung	352
7. Zwischenergebnis	355
III. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Leben	355
1. Schutzbereich des Grundrechts auf Leben	356
2. Eingriff durch § 14 Abs. 3 LuftSiG	357
a) Ansatz von Hochhuth	357
b) Ablehnung eines Grundrechtsverzichts	357
aa) Praktische Probleme	358
bb) Leben als disponibles Rechtsgut	358
c) Bewertung	359
d) Zwischenergebnis	360
3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	361
a) Legitimer Zweck	361
b) Geeignetheit	362
c) Erforderlichkeit	362
d) Angemessenheit	364
aa) Auffassungen in der Literatur	365
(1) Ansätze für die Angemessenheit	366
(2) Ansätze gegen die Angemessenheit	367
bb) Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	370
cc) Eigene Auffassung	371
(1) Bedeutung der Formulierung „Höchstwert“	371
(a) Meinungsstand	372
(b) Eigene Ansicht	373

(2) Kollision von Schutzpflicht und Achtungsanspruch	375
(a) Schleyer-Urteil	379
(b) Anwendung auf § 14 Abs. 3 LuftSiG	380
(c) Eigene Ansicht	381
(3) Regelungsspielraum des Gesetzgebers	383
(4) „Dammbruch“-Argumente	387
(5) Prognoseunsicherheiten	388
e) Wesensgehaltsgarantie	389
4. Ergebnis	391
IV. Sinnhaftigkeit beziehungsweise Möglichkeit einer Regelung	391
a) Meinungsstand	391
b) Stellungnahme	393
V. Zusammenfassende Thesen zum Grundrechtsteil	396

4. Teil

Befehlsrecht 398

A. Grundlagen des Befehlsrechts	398
I. Verstoß gegen die Menschenwürde	399
II. Fehlender dienstlicher Zweck	399
III. Begehung einer Straftat	401
B. Ergebnis	402

5. Teil

Strafrechtliche Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten 403

A. Nothilfe, § 32 StGB	404
B. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	406
I. Grundlegendes zum rechtfertigenden Notstand	407
1. Ältere Legitimationsansätze	408
2. Pawliks Ansatz	409
II. Grundsatz: Keine Abwägung von „Leben gegen Leben“	411
III. Ausnahmen	413
1. Rechtfertigender Defensivnotstand	413
a) Allgemeines	413
b) Anwendung auf die Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG	414

2. Rechtfertigende Pflichtenkollision	416
a) Allgemeines	416
b) Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht	417
aa) Meinungsstand	417
bb) Anwendung auf die Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG ..	418
3. Gefahrengemeinschaft	420
a) Mehrseitige Verteilung von Rettungschancen	421
b) Einseitige Verteilung von Rettungschancen	424
aa) Bejahung der Rechtfertigung	424
bb) Ablehnung der Rechtfertigung	427
(1) Lebenszeitverkürzung	427
(2) Prognoseunsicherheiten	429
(3) Weitere Argumente	430
cc) Ansicht der Rechtsprechung	432
dd) Übertragbarkeit auf die Konstellation des § 14 Abs. 3 Luft-SiG	434
IV. Rechtsvergleichende Hinweise	436
1. Europäischer Raum	436
2. Ansätze im angloamerikanischen Strafrecht	436
a) US v Holmes	437
b) „Mignonette-Fall“	437
c) Re A	439
d) Aktuelle Äußerungen in der Literatur	441
e) Zwischenergebnis	443
V. Eigene Stellungnahme	443
1. Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor der Vollendung der Geburt ..	444
a) Medizinische Indikation	444
aa) Leitentscheidung des Reichsgerichts	445
bb) Auffassungen in der Literatur	446
cc) Folgerungen für die Abwägung „Leben gegen Leben“	447
b) Perforation	450
aa) Lösungsansätze in der Literatur	451
bb) Eigene Ansicht	452
c) Zusammenfassung	453
2. Inkonsequenz der Entschuldigungslösung	455
a) Ansätze in der Literatur für die Entschuldigung	456
b) Bewertung	457
3. Quantitative und qualitative Aspekte im Bereich des Lebens	459
a) Tötung durch das Unterlassen von Rettungsmaßnahmen	459
aa) BGH, Urteil vom 28. Juli 1970 – 1 StR 175/70	459

bb) Folgerungen	460
b) Quantifizierung bei Pflichtenkollision	461
aa) Meinungsstand	461
bb) Bewertung	462
c) Aspekte der Abwägung am Ende des menschlichen Lebens	464
d) Zwischenergebnis	465
4. Entkräftung der „Dammbruch“-Argumente	466
5. „Klugheitsmaxime“	467
6. Problem des Notwehr- beziehungsweise Nothilferechts	468
7. Abschließende Betrachtung	470
VI. Ergebnis	474
C. Rechtfertigung als hoheitliche Maßnahme	474
D. Zusammenfassende Thesen zur strafrechtlichen Rechtfertigung	475

6. Teil

Entschuldigungsgründe und „rechtsfreier Raum“	476
A. Entschuldigender Notstand, § 35 Abs. 1 StGB	476
B. Verbotsirrtum, § 17 Satz 1 StGB	476
C. Entschuldigung durch Handeln auf Befehl	478
D. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand	480
I. Historischer Hintergrund	480
II. Anwendung auf den Abschuss von Luftfahrzeugen	481
E. Figur des „rechtsfreien Raums“	482
I. Befürworter aus dem strafrechtlichen Schrifttum	483
II. Gegenpositionen	484
III. Bewertung	484
F. Zwischenergebnis	488

7. Teil

Zusammenfassung und Ausblick	489
---	------------

8. Teil

English Summary	493
I. Deployment of the <i>Bundeswehr</i> against attacks by non-state actors	493
II. Deployment of the <i>Bundeswehr</i> in a state of emergency	494
III. Violation of basic rights	494
IV. Justification of killing innocent people	496
Literaturverzeichnis	498
Sonstige Dokumente (Auswahl)	553
Sach- und Personenregister	555
