

Schriftliche Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Sachverständigenanhörung des Innenausschusses des
Deutschen Bundestag am 26. April 2004
zu dem

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben
BT-Drs. 15/2361
- b) Antrag der Abgeordneten Clemens Inninger u.a.
Mehr Sicherheit im Luftverkehr
BT-Drs. 15/747
- c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Bosbach u.a.
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Grundgesetzes (Artikel 35 und 87a)
BT-Drs. 15/2649

Vorbemerkung

Die schriftliche Stellungnahme beschränkt sich auf die Betrachtung der im Mittelpunkt stehenden Vorschriften der §§ 13 bis 15 des im Entwurf vorliegenden Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG). Wie der u.a. zur Diskussion stehende Entwurf zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 35 und 87a; BT-Drs. 15/2649) zeigt, ist aus der rechtlichen Perspektive im Wesentlichen die Frage streitig, ob es für den in den §§ 13 bis 15 des Entwurfs des LuftSiG geplanten Einsatz der Streitkräfte nicht einer Änderung des Grundgesetzes bedarf, eine Regelung auf einfachgesetzlicher Grundlage (so BT-Drs. 15/2361) also nicht ausreichend ist.

Die in Rede stehenden Regelungen des LuftSiG bedürfen keiner geänderten verfassungsrechtlichen Grundlage, wenn sie formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit: Zuständigkeit des Bundes

Zunächst stellt sich die Frage, ob dem Bund überhaupt die Kompetenz zur Regelung der in den §§ 13 bis 15 LuftSiG geregelten Materien zukommt. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung stützt sich insofern auf Art. 73 Nr. 1 GG, „der dem Bund die ausschließliche Regelungskompetenz insbesondere auch für die Verwendung der Streitkräfte in einem besonders schweren Unfallsfall zuweist. Im Übrigen ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 73 Nr. 6 GG (Luftverkehr), welcher die polizeiliche Sicherheit des Luftverkehrs erfasst ...“.¹ Darüber hinaus stellt sich die Frage der Verwaltungskompetenz.

¹ BT-Drs. 15/2361, S. 14.

1. Gesetzgebungskompetenz

a) Art. 73 Nr. 6 GG

Da die Gefahrenabwehr originär eine Aufgabe der Länder ist, ist durchaus fraglich, ob die Kompetenz des Art. 73 Nr. 6 GG auch die in §§ 13 ff. LuftSiG niedergelegten Aufgaben der Gefahrenabwehr durch die Streitkräfte trägt. Nach der Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum zählt zum Luftverkehr jedoch grundsätzlich auch die Gefahrenabwehr, soweit es um Gefahren für den Luftverkehr in dessen Bereich geht, also z.B. Sicherheitskontrollen an Flughäfen und auch die Festsetzung von Gebühren hierfür.² Unter Art. 73 Nr. 6 GG fällt ferner auch die Abwehr von Gefahren, die aus dem Luftverkehr resultieren. Letzteres betrifft z.B. Fragen der Flugsicherung und der Flugplankoordinierung.³ Sonstige Regelungen zur Gefahrenabwehr rechnen hingegen zum Recht der Quelle.⁴ Da es sich bei den durch das Gesetz erfassten Attentaten per Flugzeug jedoch nicht um Gefahren für den Luftverkehr und für den Luftverkehrsbereich handelt, sondern um Gefahren aus der Luft für andere Bereiche, wird man durchaus auch eine Landeskompetenz erwägen können. Denn in weiten Bereichen ist der Luftverkehr, das heißt der Verkehr in der Luft, gerade nicht betroffen.

Im Schrifttum wird ohne diese Unterscheidung der Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs weithin der Nr. 6 zugeordnet.⁵ In diesem Sinne entschied auch das Bundesverwaltungsgericht⁶, das nicht nur den reinen Luftverkehr einbezieht, sondern das gesamte Luftfahrtwesen, dabei auch Regelungen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in diesem Bereich dienen. Ihre Zuordnung zum Kompetenzbereich des Art. 73 Nr. 6 GG setzte allerdings voraus, dass sie mit ihm in einem notwendigen Zusammenhang stünden. In diesem Sinne ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts das gesamte Luftfahrtwesen der Kompetenz des Bundes vorbehalten.⁷ Bestätigung erfahre die Umfassung der Gefahrenabwehr - so das Bundesverwaltungsgericht - durch Art. 87d Abs. 1 GG, der für den Regelfall die Luftverkehrsverwaltung als bundeseigene Verwaltung vorsehe und sie damit der Regelung des Art. 85 Abs. 1 GG unterwerfe, der ergänzend nach allgemeiner Auffassung eine Gesetzeskompetenz des Bundes enthalte.⁸

Sofern man gleichwohl die Einschlägigkeit von Art. 73 Nr. 6 GG für die Gefahrenabwehr verneint, wird man durchaus von einer ungeschriebene Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes, d.h. von einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs (in diese Richtung wohl auch das Bundesverwaltungsgericht⁹) oder - besser - von einer Annexkompetenz des Bundes ausgehen können. Ungeachtet der Frage, ob in der Annexkompetenz ein Fall der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs zu sehen ist¹⁰, sind die Voraussetzungen der Annexkompetenz bzw. der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs durchaus gegeben, da eine geschriebene Kompetenz vorliegt (Art. 73 Nr. 6 GG), die nunmehr aber extensiv ausgelegt wird.¹¹

² BVerwGE 95, 188 (191 ff.); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 73 Rdnr. 26.

³ *Degenhart*, ebd.

⁴ *Pestalozza*, in: von Mangoldt/Klein, GG, 3. Aufl. 1996, Art. 73 Nr. 6, Rdnr. 345.

⁵ Vgl. *Pestalozza*, ebd., Fn. 430 m.w.N.

⁶ BVerwGE 95, 188 (190 - 192).

⁷ BVerwGE 95, 188 (191).

⁸ BVerwGE, ebd.; kritisch zu dieser Argumentation *Pestalozza*, ebd., Fn. 430 am Ende.

⁹ BVerwGE, ebd.

¹⁰ S. etwa *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 15. Aufl. 2003, Rn. 584.

¹¹ So etwa BVerfGE 8, 143 [150] zur Erfassung einer Gefahrenabwehrregelung.

Art. 73 Nr. 6 GG bietet daher eine ausreichende Kompetenzgrundlage für die in Rede stehenden Bestimmungen des LuftSiG.

b) Art. 73 Nr. 1 GG

Der Regierungsvorlage zum Luftsicherheitsgesetz verweist insofern zunächst auf Art. 73 Nr. 1 GG, der dem Bund nach Ansicht der Regierung die ausschließliche Regelungskompetenz auch für die Verwendung der Streitkräfte in einem besonders schweren Unglücksfall zuweist. Da Verteidigung¹² zunächst nur die Abwehr eines Angriffs bedeutet, könnte man darüber nachdenken, ob nicht bei Flugzeugen, die als Waffe eingesetzt werden sollen, von einem Angriff auszugehen ist. Bezieht man im systematischen Kontext neben Art. 26, Art. 1 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 2 GG¹³ insbesondere Art. 87a Abs. 2 GG in die Betrachtung ein, erfolgen die hier in Rede stehenden Einsätze der Bundeswehr in den Fällen der Art. 35 Abs. 2 und 3 GG, also sofern kein bewaffneter Angriff anderer Völkerrechtssubjekte (insbes. Staaten) auf die Bundesrepublik erfolgt (z.B. durch Terrorgruppen), „außer zur Verteidigung“.¹⁴ Gerade im Frankfurter Zwischenfall drohte kein Angriff auf die Bundesrepublik Deutschland, sondern es stand klassische Gefahrenabwehr in Rede, zu der die Streitkräfte jedenfalls grundsätzlich nicht berufen sind. Indes sehen große Teile des Schrifttums gerade mit Blick auf die zugelassenen Streitkräfteeinsätze in Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Art. 87a Abs. 4 S. 1 GG für Gesetze, die solche Einsätze regeln, Art. 73 Nr. 1 GG als einschlägige Gesetzgebungsbefugnis an.¹⁵

2. Verwaltungskompetenz

Erforderlich ist ferner eine Verwaltungskompetenz, die dem Bund die Ausführungszuständigkeit für das LuftSiG zuweist. Bejaht man eine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 6 GG, wird man die Verwaltungskompetenz mit entsprechender Argumentation aus Art. 87d Abs. 1 GG ziehen können. Die Luftverkehrsverwaltung umfasste dann als Annex zugleich die diesbezügliche Gefahrenabwehr.¹⁶ Verneint man eine Verwaltungskompetenz aus Art. 87d Abs. 1 GG, muss man sich der Frage zuwenden, ob Art. 87a Abs. 2 GG i.V.m. Art. 35 Abs. 3 GG eine Verwaltungskompetenz beinhaltet. Dies lässt sich im Rahmen der Reichweite des Art. 35 Abs. 3 GG ebenfalls bejahen. Denn Art. 35 Abs. 3 GG geht nach seinem Wortlaut von einem eigenständigen Einsatzrecht des Bundes in bestimmten Fällen aus, was notwendigerweise eine Verwaltungskompetenz einschließt.

Als **Zwischenergebnis** wird man festhalten können, dass sowohl Art. 73 Nr. 1 GG als auch Art. 73 Nr. 6 GG die Gesetzgebungskompetenz der Bundes zu begründen vermögen. Ebenso ist die Verwaltungskompetenz des Bundes zu konstatieren

¹² Dem ebenfalls in Art. 73 Nr. 1 GG angesprochenen Schutz der Zivilbevölkerung kommt indes kein eigenständiger Charakter zu, da es schon nach dem Wortlaut („einschließlich“) nur um den Schutz der Zivilbevölkerung im Rahmen der Verteidigung geht (*Pestalozza*, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 3. Aufl. 1996, Art. 73 Nr. 1 Rdnr. 47).

¹³ *Pestalozza*, in: von Mangoldt/Klein, GG, 3. Aufl. 1996, Art. 73 Nr. 1, Rdnr. 36.

¹⁴ So *Pestalozza (ebd.)*, Art. 73 Nr. 1, Rdnr. 32, 37.

¹⁵ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 73 Rdnr. 6; *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 73 Rdnr. 12; *P. Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 73 Rdnr. 9; *Stettner*, in: Dreier, Band 2, 1998, Art. 73 Rdnr. 10.

¹⁶ BVerwGE 95, 188 (191 f.).

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Art. 87a Abs. 2 GG

Art. 87a Abs. 2 GG erlaubt einen Einsatz der Streitkräfte außer zur Verteidigung nur, wenn das Grundgesetz einen Einsatz *ausdrücklich* zulässt.

a) Einsatz

Nach militärischem Begriffsverständnis ist Einsatz jede funktionsgerechte Verwendung einer militärischen Einheit, namentlich also bewaffnete Verwendungen. Aus dem systematischen Kontext mit Art. 35 Abs. 2, 3 GG und Art. 87a Abs. 3, 4 GG, die gerade nicht-militärische Inlandsbefugnisse der Bundeswehr vorsehen, folgt indes, dass nicht nur bewaffnete Verwendungen, sondern auch jegliches hoheitliches Tätigwerden als Teil der vollziehenden Gewalt unter den Einsatzbegriff des Art. 87a Abs. 2 GG zu subsumieren ist. Zusammen mit dem Zweck des Art. 87a Abs. 2 GG, die Bundeswehr aus dem innenpolitischen Geschehen herauszuhalten und dem Missbrauch der Streitkräfte als machtpolitisches Mittel vorzubeugen, liegt daher folgende Definition des Einsatzbegriffs nahe: Einsatz ist jede funktionsgerechte Verwendung einer Einheit im Rahmen militärischer Befehlsgewalt und nach militärischen Führungsgrundsätzen, unabhängig davon, ob der Gebrauch von Waffengewalt nicht oder nur zur Selbstverteidigung vorgesehen ist.¹⁷

Da bei jeder Verwendung der Streitkräfte im Rahmen der §§ 13 und 14 LuftSiG als ultima ratio sogar der Abschuss von Flugzeugen vorgesehen ist (§ 14 Abs. 3 LuftSiG), ist in jedem Fall von einem Einsatz i.S. des Art. 87a Abs. 2 GG auszugehen. Problematisch könnte insofern allein der Aspekt der Aufklärung sein (§ 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG), worauf noch später einzugehen ist.

b) Verteidigung

Da Verteidigung zunächst nur die Abwehr eines Angriffs bedeutet, könnte man darüber nachdenken, ob nicht bei Flugzeugen, die als Waffe eingesetzt werden sollen, von einem Angriff auszugehen ist. Dann wäre ein Abschuss ein Einsatz zur Verteidigung und folglich durch Art. 87a Abs. 2 GG erlaubt. Im Ergebnis ist dies zu verneinen, sofern hierin kein bewaffneter Angriff eines anderen Staates zu erblicken ist. Aus den grundgesetzlichen Regelungen über Einsätze der Streitkräfte im Innern (Art. 35 Abs. 2 und 3; Art. 87a Abs. 3 und 4 GG) ist mit der weit überwiegenden Auffassung im Schrifttum zu schließen, dass Verteidigung eine Abwehr von Gewaltanwendung meint, die ein Handeln der Bundesrepublik im Außenbereich im Sinne der Abwehr eines bewaffneten Angriffs durch ein anderes Völkerrechtssubjekt betrifft, namentlich durch einen anderen Staat.¹⁸ Der Blick in die vorgenannten „ausdrücklich“ zugelassenen Fälle des

¹⁷ S. eingehend *Baldus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 87a Rdnr. 33; s. auch *Linke*, DÖV 2003, 890 (891 f.) mit umfassenden Nachweisen zum Meinungsstand; *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2002, 773 (776).

¹⁸ Vgl. etwa *Baldus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 87a Rdnr. 35 ff.; *Brunkow*, Rechtliche Probleme des Einsatzes der Bundeswehr auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 50; *Dreist*, NZWerhr 2002, 133 (138); *Hernekamp*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 87a Rdnr. 4; *Heun*, in: Dreier, GG, Band 3, 2000, Art. 87a Rn. 11; *Knödler*, BayVBl. 2002, 107 (108); *Kokott*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 87a Rdnr. 9 ff.; Lück, Die polizeilichen Aufgaben der deutschen Streitkräfte, 1999, S. 5 f. Ferner ist festzuhalten, dass keine Bedeutungsidentität von „Verteidigung“ im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG und „Verteidigungsfalle“ im Sinne von Art. 115a Abs. 1 GG besteht, Verteidigung also nicht nur dann erfolgt, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht. Die Funktion des Artikels 115a GG liegt vielmehr darin, die innerstaatliche Rechtsordnung vom Normalzustand auf Not-

Streitkräfteeinsatzes offenbart nämlich zum einen, dass innerstaatliche Einsätze nur sehr begrenzt zulässig sind und zum anderen, dass diese nicht von dem Verteidigungsbegriff des Art. 87a Abs. 2 GG umfasst sein können. Denn dann wären innerstaatliche Einsätze bereits durch Art. 87a Abs. 2 GG erfasst, ihre ausdrückliche Regelung mithin überflüssig. Gerade am Beispiel des Frankfurter Zwischenfalls wird deutlich, dass kein Angriff auf die Bundesrepublik Deutschland drohte, sondern klassische Gefahrenabwehr in Rede stand. Da somit eine Verteidigungshandlung im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG in den im Luftverkehrssicherheitsgesetz beschriebenen Handlungen der Bundeswehr nur dann erkennbar ist, wenn sie als bewaffneter Angriff eines anderen Staates qualifiziert werden können, ist in allen übrigen Fällen der Bundeswehreinsatz ausweislich der Norm des Art. 87a Abs. 2 GG nur dann erlaubt, „soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt“.

Nicht zu verkennen ist aber, dass in Folge der Anschläge vom 11. September 2001 in jüngeren Publikationen - wenngleich noch vereinzelt - nicht mehr darauf abgestellt wird, ob der Angreifer ein Staat ist, sondern allein auf die Art und Weise des Angriffs und seine Wirkung.¹⁹ In letzter Konsequenz würde dieses Verständnis aber zur Folge haben, jedweden Einsatz zur „Verteidigung“ der bestehenden innerstaatlichen Sicherheit und Ordnung von den Anforderungen des Art. 87a Abs. 2 GG freizustellen. Dem aber steht gerade der Verfassungsvorbehalt entgegen, der wie seine Genese nachdrücklich belegt, einer allzu eifertigen Verwendungen dieses exzessivsten staatlichen Machtmittels namentlich im Innern durch die Begrenzung auf die im Grundgesetz angelegten ausdrücklich zugelassenen Fälle entgegensteht.²⁰

2. „Ausdrückliche Zulassung“

Ausdrückliche Zulassungen finden sich in Art. 87a Abs. 3 und 4 GG, die hier offensichtlich nicht einschlägig sind, und in Art. 35 Abs. 2 und 3 GG. In Frage kommt nur Art. 35 Abs. 3 GG, da Art. 35 Abs. 2 die Anforderungen von Streitkräften durch ein Land betrifft. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Einsatzkompetenz der Bundesregierung ist indes, dass „das Gebiet mehr als eines Landes“ durch eine Naturkatastrophe oder einen Unglücksfall gefährdet wird.

Die Annahme, dass regelmäßig ein Fall des Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG vorliegen wird, ist wegen der zeitlich äußerst knapp bemessenen Handlungsspielräume aus tatsächlichen Gründen geboten: Die Geschwindigkeiten von Flugzeugen erlauben in kürzester Zeit das Erreichen und Wechseln eines bestimmten Zielortes über die Grenzen der Bundesländer hinweg.²¹ Daher muss bereits bei Feststellung eines Luftzwischenfalls im Luftraum von einer gegenwärtigen Gefahr für das Gebiet mehrerer Bundesländer ausgegangen werden. Deshalb und angesichts der dichten Besiedlung der Bundesrepublik sowie des Grades ihrer Industrialisierung muss bei schwerwiegenden Zwischenfällen im Luftraum überdies jederzeit mit dem Eintritt eines Schadensereignisses gerechnet wer-

standserfordernisse umzustellen, nicht aber, den Verteidigungsbegriff territorial einzuengen. Zudem zeigt die Gegenüberstellung von Art. 87a Abs. 2 und Art. 87a Abs. 3, dass das Grundgesetz beiden Begriffen offenbar unterschiedliche Bedeutung beilegt (s. BVerfGE 90, 286 [386]; *Baldus*, ebd., Art. 87a Abs. 2 Rdnr. 36). Aus dem entstehungsgeschichtlichen Kontext heraus wird man gleichwohl davon ausgehen müssen, dass Verteidigung an erster Stelle Landesverteidigung bedeutet, jedoch ebenfalls die Bündnisverteidigung mit umfasst (vgl. z.B. *Kokott*, in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 87a, Rdnr. 17 f.).

¹⁹ So *Krings/Burkiczak*, DÖV 2002, 501 (503, 505); *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2002, 773 (777); *Ossenbühl*, NVwZ 2002, 290 (291); ähnlich auch *Wilkesmann*, NVwZ 2002, 1316 (1319); vorher schon *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1399; s. auch die Auffassung der Bayerischen und der Sächsischen Staatsregierung in BR-Drs. 993/01, S. 1 und 3.

²⁰ Eingehend *Linke*, DÖV 2003, 890 (893).

²¹ Darauf weist auch *Hochhuth*, NZWehr 2002, 154 (162) hin.

den, das auch schwer wiegende Folgen von länderübergreifendem Ausmaß hat (z.B. bei einer Attacke auf ein Atomkraftwerk).

a) Art. 35 Abs. 3 GG

aa) Unglücksfall

Gemäß Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG kann die Bundesregierung, sofern eine Naturkatastrophe oder ein Unglücksfall das Gebiet mehr als eines Landes gefährdet, Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einsetzen, soweit es zu wirksamer Bekämpfung der Gefahr erforderlich ist. Während die Naturkatastrophe ihre Ursache in einem Naturereignis hat, geht der Unglücksfall auf menschliches oder technisches Versagen zurück. Dementsprechend sind besonders schwere Unglücksfälle Schadensereignisse von großem Ausmaß und Bedeutung für die Öffentlichkeit, die durch Unfälle, technisches oder menschliches Versagen ausgelöst oder von Dritten absichtlich herbeigeführt werden.²² In Betracht kommt bezogen auf das LuftSiG nur der Unglücksfall.

Fraglich ist insofern allenfalls, ob dem Unglücksfallsbegriff ein Zufälligkeitsmoment innewohnt, mit der Konsequenz, dass dann absichtlich herbeigeführte Unfälle - wie hier in Rede - nicht von Art. 35 Abs. 3 GG erfasst würden. Diese Auffassung dürfte indes mit Sinn und Zweck der Regelung nicht in Einklang stehen, da hier die effiziente Hilfe bei überregionalen Notfällen intendiert ist. Würde man diesen Aspekt außen vorlassen und den Unglücksfall nur auf zufällige Unglücksereignisse begrenzen, würde Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG in einem entscheidenden Aspekt leer laufen.

bb) unmittelbar bevorstehender Unglücksfall

Vom Wortlaut des Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG unmittelbar umfasst werden unstreitig Unglücksfälle, die bereits eingetreten sind. Indes greifen die im LuftSiG beschriebenen Maßnahmen bereits im Vorfeld des Unglücksfalles ein: So soll gerade vor dem Einschlag eines Flugzeugs z.B. in ein Hochhaus und den damit eintretenden Unglücksfall das Flugzeug abgeschossen werden dürfen. Erfasst wird daher nicht nur der Unglücksfall an sich, sondern bereits unmittelbar drohende Gefährzustände, die möglicherweise zu einem solchen Unglücksfall führen können. Das verfassungsrechtliche Problem liegt also in der Frage, ab wann das Tatbestandsmerkmal „bei einem besonders schweren Unglücksfall“, das in Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG genannt ist und auf das Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG sich bezieht, angenommen werden kann. M.a.W.: Muss die Anwendbarkeit des Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG also verneint werden, weil der Unglücksfall, dem der Abschuss des Flugzeuges abhilft, noch nicht eingetreten ist?²³

Mit Blick auf die in Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG verwendete Formulierung „Gefährdet ...“ lässt sich durchaus vertreten, dass nicht allein der status quo, sondern auch die vorhersehbare Entwicklung der Gefahrenlage ein Gesichtspunkt für die präventive Zulässigkeit des Einsatzes von Streitkräften sein soll.²⁴ Die Bezugnahme auf den Unglücksfall stellt nach dieser Lesweise lediglich klar, dass die Möglichkeit eines Streitkräfteeinsatzes gegenständlich auf einen solchen Fall beschränkt

²² Vgl. *Bauer*, in: Dreier, GG, 1998, Art. 35 Rdnr. 24.

²³ So z.B. (ohne nähere Begründung) *Dreist*, NZWehrr 2002, 133 (138); *Fiebig*, Der Einsatz der Bundeswehr im Innern, 2004, S. 325 f. m.w.N. in Fn 31; *Krings/Burkiczak*, DÖV 2002, 501 (512); *Wilkesmann*, NVwZ 2002, 1316 (1321); a.A. *Gramm*, NZWehrr 2002, 89 (93); *Hochhuth*, NZWehrr 2002, 154 (156 ff.); *Wiefelspütz*, NZWehrr 2003, 45 (63).

²⁴ *Hochhuth*, NZWehrr 2002, 154 (157).

bleibt. Diese zugegeben nicht zwingende Lesweise führt überdies dazu, dass die Verfassung auch in diesem Ausnahmefall nicht von allgemein anerkannten gefahrenabwehrrechtlichen Grundsätzen abweicht. Denn auch in Vergleichsfällen kennt das Grundgesetz keine Kompetenzlücken, die dann eintreten würden, wenn man den Eintritt von Notstandsfällen abzuwarten hätte, um eingreifen zu können. Diese Fälle sind nämlich dadurch gekennzeichnet, dass Notstandsmaßnahmen bereits dann zulässig sind, wenn die abzuwehrende Gefahr unmittelbar droht. So lässt Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG die Unterstützung der Polizei nicht nur zur „Wiederherstellung“, sondern auch zur „Aufrechterhaltung“ der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu, also bereits im Bedrohungsstadium vor der Beeinträchtigung durch den Eintritt eines Schadensereignisses. Ebenso erlauben auch Art. 87a Abs. 4 S. 1 GG sowie Art. 91 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG einen Einsatz der Streitkräfte zur Abwehr „einer drohenden Gefahr“ für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes. Auch die Legaldefinition des Verteidigungsfalles in Art. 115a Abs. 1 S. 1 GG erfasst nicht nur eine Situation, in der das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird, sondern eine Situation, in der „ein solcher Angriff droht.“²⁵

Es wäre im Übrigen schwer nachvollziehbar, wenn man einen besonders schweren Unglücksfall mittels des Einsatzes der Bundeswehr präventiv nicht bekämpfen könnte, man also den Eintritt des Unglücksfalls abwarten müsste. Damit würde man den die gesamte Rechtsordnung durchziehenden überkommenen Gedanken der Prävention - Schadensabwehr vor Schadensbeseitigung (*melior est justitia vere praeveniens quam severe puniens*) - negieren.²⁶

Als weiteres **Zwischenergebnis** wird man daher festhalten können, dass die in BT-Drs. 15/2649 angeregte Änderung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG zur expliziten Erfassung von Hilfeleistungen bei Maßnahmen zur Verhinderung eines unmittelbar drohenden Unglücksfalls hätte daher klarstellenden Charakter, ist aber verfassungsrechtlich nicht zwingend angezeigt.

cc) Erforderlichkeit zur wirksamen Bekämpfung

Angesichts der beschriebenen Fallkonstellation im LuftSiG wird man auch unter Beachtung der Verhältnismäßigkeitsbestimmungen der §§ 14 Abs. 2 und 15 Abs. 1 LuftSiG von einer Erforderlichkeit des Einsatzes der Bundeswehr zur wirksamen Bekämpfung der Gefahr (Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG) ausgehen können.

dd) Einsatzkompetenz

Gemäß § 13 Abs. 2 S. 1 LuftSiG ist für den Einsatz der Bundeswehr die Bundeswehr nach Art. 35 Abs. 3 GG die Bundesregierung im Benehmen mit den betroffenen Ländern zuständig. Lediglich dann, wenn eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich ist, entscheidet der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnete Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit dem Bundesminister des Innern, § 13 Abs. 2 S. 2 LuftSiG. Fraglich ist somit, ob nicht mit dieser Regelung einfachgesetzlich die

²⁵ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Schrifttum hinsichtlich des in Art. 35 Abs. 2 und 3 GG verwendeten Parallelbegriffs „Naturkatastrophe“ auch unmittelbar drohende Gefahrenzustände oder Schädigungen von erheblichem Ausmaß erfasst werden (s. *Bauer*, in Dreier, GG, Band 2, 1998, Art. 35 Rdnr. 24; v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Band 2, 5. Auflage 2000, Art. 35 Rdnr. 70).

²⁶ Eingehend *Hochhuth* (ebd.), der für den Fall eines dem Unglücksfall vorausgehenden Verbrechens (z.B. in Form der Flugzeugentführung) überdies die Bildung eines Gesamtunglücksfalls zur Erfassung der Prävention vorschlägt (ebd., S. 160).

verfassungsrechtliche Entscheidungskompetenz des Regierungskollegiums unterminiert bzw. ersetzt wird.

Auch wenn die grundgesetzliche Kompetenzzuweisung des Art. 35 Abs. 3 GG an die Bundesregierung als solche mit Blick auf Art. 62 GG nur zu Gunsten des Regierungskollegiums zu verstehen ist²⁷, ersetzt die Eilkompetenz nicht die Kollegialkompetenz der Bundesregierung. Denn § 13 Abs. 2 S. 3 LuftSiG stellt klar, dass die Eilentscheidung des Bundesministers der Verteidigung oder des zu seiner Vertretung berechtigten Mitglieds der Bundesregierung eine solche des Regierungskollegiums bleibt. Auch in diesem Fall ist nämlich unverzüglich die Entscheidung der Bundesregierung als Kollegialorgan herbeizuführen. Abgesehen davon gebietet die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fließende Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, dass eine solche Eilkompetenz bei Gefahr im Verzug zur Verfügung steht. Denn bei Luftzwischenfällen wird angesichts der hohen Geschwindigkeit von Flugzeugen in der Regel eine sofortige Entscheidung der Bundesregierung als Regierungskollegium nicht möglich sein.

Die rechtliche Grundlage für die Übertragung der Eilentscheidungskompetenz auf den Bundesminister der Verteidigung ist in dem Ressortprinzip (Art. 65 S. 2 GG) und der Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung (Art. 65a GG) angelegt. Diese weisen die Zuständigkeit für den Einsatz dem Bundesminister der Verteidigung zu. Nur er hat gem. Art. 65a GG in Friedenszeiten die Befehls- und Kommandogewalt. Das Regierungskollegium könnte auch dann, wenn kein Eilfall vorliegt, lediglich den Bundesminister der Verteidigung zum Einsatz der Streitkräfte ermächtigen, wie dies auch die Staatspraxis bei Beschlüssen des Regierungskollegiums über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland belegt.

ee) Weisungsfall

Nach nahezu einhelliger Meinung im Schrifttum erstreckt sich die Weisungsbefugnis der Bundesregierung in Bezug auf die im ersten Teil des Art. 35 Abs. 3 GG angesprochene zur Verfügung Stellung von Polizeikräften für andere Länder lediglich auf die entsprechende Anordnung an eine Landesregierung. Weitergehend sind die Befugnisse indes bei den Einheiten der Streitkräfte. Diese kann die Bundesregierung selbst unmittelbar einsetzen, jedoch nur „zur Unterstützung der Polizeikräfte“.²⁸

b) Art. 35 Abs. 1 GG

§ 15 Abs. 1 S. 1 ergänzt § 14 LuftSiG dahin gehend, dass im Rahmen der Gefahrenabwehr Luftfahrzeuge im Vorfeld eines Einsatzes nach § 14 Abs. 1 und Abs. 3 zu überprüfen, zu warnen oder umzuleiten sind. In der Praxis treten nämlich Fälle auf, in denen die Flugsicherungsstellen z.B. aufgrund des Verlustes des Funkkontaktes zu einem Luftfahrzeug oder aufgrund fehlender sachlicher Ausstattung (Aufklärungsflugzeuge, Tiefflugradar) faktisch nicht in der Lage sind, diese Aufgabe wahrzunehmen. § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG stellt insofern klar, dass sich die zuständige Luftsicherung²⁹ in derartigen Fällen der Streitkräfte zur Überprüfung, Warnung und Umleitung von Luftfahrzeugen bedienen kann. Die Gesetzesbegründung greift für die verfassungs-

²⁷ Vgl. BVerfGE 11, 84 (85); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2003, Art. 62, Rdnr. 2

²⁸ *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 35, Rdnr. 30 m.w.N.

²⁹ Die letztgenannten Maßnahmen werden ausweislich der Gesetzesbegründung in der Zuständigkeit des für die Flugsicherung zuständigen Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen verortet, BT-Drs. 15/2361, S. 21.

rechtliche Ermächtigung insofern auf die Amtshilfe gem. Art. 35 Abs. 1 GG zurück.³⁰ Ausgangspunkt ist dabei folglich die Überlegung, dass die in Rede stehenden Vorfeldmaßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr im Vorfeld des Einsatzes nach § 14 Abs. 1 und Abs. 3 LuftSiG stattfinden. Entscheidend ist in diesem Kontext aber, ob es sich bei den von § 15 Abs. 1 S. 1 beschriebenen Tätigkeiten der Bundeswehr um Einsätze im Sinne von Art. 87a Abs. 2 GG handelt. Ist dies der Fall, ist nach dieser Bestimmung ein Einsatz Streitkräfte nur erlaubt, „soweit dies das Grundgesetz *ausdrücklich* zulässt.“ Im Gegensatz zu den Bestimmungen der Art. 87a Abs. 3, 4 und 35 Abs. 2 und 3 GG ist in Art. 35 Abs. 1 GG, der die Amtshilfe regelt, von einem ausdrücklichen Einsatz der Streitkräfte gerade nicht die Rede.³¹ Über Art. 35 Abs. 1 GG sind somit nur Handlungen erlaubt, die sich unterhalb der Einsatzschwelle des Art. 87a Abs. 2 GG bewegen.³²

Indes wird auch für die angesprochenen Vorfeldmaßnahmen der spezifisch militärische Handlungsverband in Anspruch genommen. Auch hier ist also hoheitliches Handeln bzw. die funktionsgerechte Verwendung einer Einheit im Rahmen einer militärischen Befehlsgewalt und nach militärischen Führungsgrundsätzen anzunehmen.³³ Hinzu kommt, dass jedenfalls die in § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG angesprochene Warnung und das Umleiten mit einem Kampffjet gerade auch unter dem Vorbehalt erfolgt, notfalls die Waffen auch einzusetzen und damit zum Handlungsspektrum des § 14 Abs. 1 und 3 LuftSiG überzugehen. Daher liegt es selbst bei Zugrundelegung eines engen Einsatzbegriffs nahe, auch hier von einem Einsatz auszugehen. Grenzwertig ist insofern das ebenfalls von § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG erfasste Überprüfen, das man durchaus noch unterhalb der Einsatzschwelle verorten und das damit noch über Art. 35 Abs. 1 GG seine grundrechtliche Fundierung erfahren könnte.

Überdies kommt noch folgender Gedanke hinzu: Zwar leisten sich die Behörden des Bundes und der Länder gegenseitig Rechts- und Amtshilfe, und die Bundeswehr bzw. deren Einheiten und Dienststellen sind grundsätzlich amtshilfefähig. Als im Rahmen der Amtshilfe ersuchte Behörde kann sich die Bundeswehr aber auch nur im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Befugnisse bewegen, um rechtliche oder tatsächliche Handlungen zur Unterstützung einer Amtshandlung anderer Behörden vorzunehmen. Denn einem Amtshilfeersuchen kann nur entsprochen werden, wenn die ersuchte Behörde die rechtliche Möglichkeit hat, die begehrte Amtshandlung vorzunehmen (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG). Da der Bundeswehr außerhalb der vorgenannten grundgesetzlich zugewiesenen Befugnisse gem. Art. 87a Abs. 2 GG keine weiteren Einsatzbefugnisse zustehen, kann diese für andere Behörden, die aus tatsächlichen Gründen nicht die Amtshandlung selbst vornehmen könnten, nicht im Wege der Amtshilfe nach Art. 35 Abs. 1 GG tätig werden.

Mithin muss Art. 35 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Grundlage des § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG ausscheiden, sieht man vielleicht von dem bloßen Überprüfen ab. Verfassungsrechtlich getragen werden könnte diese Bestimmung daher nur noch durch Art. 35 Abs. 3 GG. Dies aber würde es erfordern, Art. 35 Abs. 3 GG u.a. auch auf Gefahrerforschungseingriffe auszudehnen.

³⁰ BT-Drs. 15/2361, S. 21.

³¹ Ebenso *Dreist*, NZWehrr 2002, 133 (153); *Linke*, DÖV 2003, 890 (894); *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2002, 773 (775 f.); a.A. ohne nähere Begründung *Hochhuth*, NZWehrr 2002, 154 (159 f.). - *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2002, 773 (775) und v. *Danwitz*, in: von Mangoldt/Kleins/Starck, GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 35 Rdnr. 15 sehen daher diesbezüglich Art. 87a Abs. 2 GG als *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 GG.

³² *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2002, 773 (775); v. *Danwitz*, in: von Mangoldt/Kleins/Starck, GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 35 Rdnr. 15; *Krings/Burkiczak*, DÖV 2002, 501 (512); ebenso auch BT-Drs. 15/2649, S. 5.

³³ In diesem Sinne auch *Fiebig*, Der Einsatz der Bundeswehr im Innern, 2004, S. 327-329; 179 f. (sog. „show of force“).

Einer näheren Befassung mit dieser Frage bedarf es indes nicht, da sich § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG im Übrigen nicht mit Art. 35 Abs. 3 GG in Übereinstimmung bringen lässt. Eine Einsatzkompetenz der Luftsicherung lässt sich mit dem Erfordernis einer grundsätzlich erforderlichen Entscheidung des Regierungskollegiums nicht vereinbaren.

Auch mit der in BT-Drs. 15/2649 vorgeschlagenen Grundgesetzänderung würde dieses Problem indes nicht beseitigt, selbst wenn man geneigt ist, im Wege einer sehr weiten Auslegung auch Aufklärungsmaßnahmen unter die vorgeschlagene „Verhinderung“ i.S. des dann neu zu fassenden Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG³⁴ zu subsumieren. Denn auch dann ist die Luftsicherung nicht berechtigt, Streitkräfte zu diesen Aufgaben einzusetzen, sondern nur die Bundesregierung und im Eilfall der Bundesminister der Verteidigung.

Anzuregen ist daher, jedenfalls das Warnen und Umleiten i.S. des § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG der Einsatzkompetenz der Bundesregierung bzw. im Eilfall des Bundesministers der Verteidigung zuzuordnen. Will man der Luftsicherung die Optionen indes erhalten, ist eine Verfassungsänderung angezeigt, die, obgleich materiell Amtshilfe und daher dem Art. 35 GG zuzuordnen, von der Verwaltungskompetenz her in Art. 87d GG zu regeln wäre.

3. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Anzusprechen ist schließlich noch die grundrechtliche Komponente des LuftSiG, namentlich wenn es zum Abschuss einer Passagiermaschine und damit zur Tötung (unschuldiger) Passagiere und des Flugpersonals kommt. Einschlägig ist hier Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.³⁵ Schutzbereich (Leben und körperliche Unversehrtheit) und Eingriff sind unproblematisch. Im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung stellt sich aber die Frage der Wahrung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Denn Eingriffe in das Grundrecht auf Leben (z.B. durch den finalen Todesschuss) haben immer den Tod zur Folge; dem Grundrechtsträger verbleibt dann nichts mehr. Indes darf nach Art. 19 Abs. 2 GG kein Grundrecht in seinem Wesen angetastet werden³⁶, was vor dem Hintergrund der durch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG eröffneten Eingriffsmöglichkeit gerade in das Leben letztlich aber nicht ausschlaggebend sein kann.

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich zu fragen, ob nicht mit § 14 Abs. 3 LuftSiG eine unzulässige Abwägung „Leben gegen Leben“ stattfindet. Hinzu kommt die Problematik, dass es sich bei den Flugpassagieren und dem Flugpersonal - soweit Passagiermaschinen abgeschossen werden - sämtlich ebenfalls um Opfer handelt. Gleichwohl besteht eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hinsichtlich des Lebens und der Gesundheit durch eine Flugzeugattacke o.ä. gefährdeten Menschen.³⁷ I.E. wird man die vorgesehenen Maßnahmen als letztes Mittel bei Vorliegen einer erheblichen Gefahr für eine Vielzahl von Menschenleben (in diesem Sinne explizit § 14 Abs. 3 LuftSiG) mit Blick auf den durch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG erlaubten Eingriff in das Recht auf Leben als gerechtfertigt ansehen können.³⁸ Denn ein solcher Eingriff bedeutet hinsichtlich des Lebensschutzes notwendigerweise den Tod des Betroffenen.

³⁴ S. BT-Drs. 15/2649, S. 3.

³⁵ Sofern man nicht auch Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht einstuft (s. hierzu etwa *Epping*, Grundrechte, 2004, Rn 503 m.w.N.), was hier indes kein Problem ist (s. nachfolgend).

³⁶ Grundlegend *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983.

³⁷ Vgl. zur grundrechtlichen Schutzpflicht ausführlich *Epping*, Grundrechte, 2004, Rdnr. 100 ff. m.w.N.

³⁸ Die Parallelproblematik „finaler bzw. polizeilicher Todes-/Rettungsschuss ist einfachgesetzlich in einer Vielzahl von Bundesländern geregelt (Art. 66 Abs. 2 BayPAG; § 66 Abs. 2 S. 2 BbgPolG; § 34 S. 3 BbgVwVG i.V. mit § 66 BbgPolG; § 46 Abs. 2 BremPolG; § 54 Abs. 2 BWPolG; § 63 Abs. 2 S. 2 RhPPOG; § 57 Abs. 1 S. 2

4. Art. 1 Abs. 1 GG

Die Heranziehung von Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) führt zu keinem anderen Ergebnis. Eine Subsumtion unter die „Objektformel“ käme zwar in Frage, wobei im Ergebnis lediglich die vorgenannten Erwägungen zu Art. 2 Abs. 2 GG zu wiederholen sind. Das BVerfG würde wohl pragmatisch Art. 1 Abs. 1 GG als „subsidiär“ ansehen, ohne freilich diesen Begriff zu verwenden, oder eine Prüfung ohne Begründung ganz unterlassen.

III. Ergebnisse

1. In formeller Hinsicht bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sowohl Art. 73 Nr. 1 GG als auch Art. 73 Nr. 6 GG vermögen eine Gesetzgebungskompetenz der Bundes zu begründen. Ebenso ist die Verwaltungskompetenz des Bundes zu konstatieren.
2. Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist zunächst festzuhalten, dass die in BT-Drs. 15/2649 angeregte Änderung des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG zur expliziten Erfassung von Hilfeleistungen bei Maßnahmen zur Verhinderung eines unmittelbar drohenden Unglücksfalls zwar klarstellenden Charakter hätte. Eine Verfassungsänderung ist diesbezüglich aber nicht zwingend angezeigt.
3. Verfassungsrechtlich nicht haltbar ist die in § 15 LuftSiG vorgeschlagene Amtshilfe zugunsten der Flugsicherung. Auch mit der in BT-Drs. 15/2649 vorgeschlagenen Grundgesetzänderung würde dieses Problem nicht beseitigt, selbst wenn man geneigt ist, im Wege einer sehr weiten Auslegung auch Aufklärungsmaßnahmen unter die vorgeschlagene „Verhinderung“ i.S. des dann neu zu fassenden Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG³⁹ zu subsumieren. Denn auch dann ist die Luftsicherung nicht berechtigt, Streitkräfte zu diesen Aufgaben einzusetzen, sondern nur die Bundesregierung und im Eilfall der Bundesminister der Verteidigung.

Anzuregen ist daher, jedenfalls das Warnen und Umleiten i.S. des § 15 Abs. 1 S. 2 LuftSiG der Einsatzkompetenz der Bundesregierung bzw. im Eilfall des Bundesministers der Verteidigung zuzuordnen. Will man der Luftsicherung die Optionen indes erhalten, ist eine Verfassungsänderung angezeigt, die, obgleich materiell Amtshilfe und daher dem Art. 35 GG zuzuordnen, von der Verwaltungskompetenz her in Art. 87d GG zu regeln wäre.

SaarlPolG; § 34 Abs. 2 SächsPolG; § 65 Abs. 2 S. 2 SASOG; § 64 Abs. 2 S. 2 ThürPAG; in Niedersachsen ist der finale Rettungsschuss nunmehr ebenfalls eingeführt und ist Gegenstand der Presseberichterstattung gewesen; s. zur Problematik allgemein *Epping*, Grundrechte, 2004, Rdnr. 96 m.w.N., *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rdnr. 412 ff.; *Pieroth/Schlink/Kiesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, § 20 Rdnr. 18 ff.).

³⁹ S. BT-Drs. 15/2649, S. 3.