

DISSERTATION

„Leben gegen Leben? - Lebensrecht des Einzelnen
im Spannungsverhältnis zur Schutzpflicht des Staates
gemäß Art 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)
am Beispiel der Terrorismusbekämpfung
Gleichzeitig ein Beitrag zur interpretativen Weiterentwicklung der
EMRK“

Mag^a Felicitas Zacherl

zur Erlangung des akademischen Grades
Doktorin der Rechtswissenschaften

Wien, im Oktober 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften
Betreuer: ao Univ.-Prof. Dr. Hannes Tretter

Vorwort

Ich saß im Auto, als ich im Radio die Nachricht hörte, dass der in England von der Polizei erschossene Brasilianer Jean Charles de Menezes, welcher unter Verdacht gestanden hatte, an dem terroristischen Bombenanschlag in London im Juli 2005 beteiligt gewesen zu sein, in keiner Weise mit dem Anschlag in Verbindung gebracht werden konnte. Dabei ging mir die Frage durch den Kopf, ob der Kampf gegen den Terrorismus den Tod eines unschuldigen Menschen rechtfertigen kann oder nicht. Ich hatte für mich die Antwort schnell gefunden und war begeistert, genau diese Problematik zum Thema meiner Dissertation zu machen. Erst so nach und nach wurde mir bewusst, in welch schwieriges Gelände ich mich begeben hatte, und dass meine schnell gefasste Meinung zwar begründbar, aber leider nicht richtig war, dass es selbst in einer von Rechtsstaatlichkeit geprägten Rechtswissenschaft immer noch oder immer wieder juristische Fragen gibt, deren Antworten den Mut fordern, altes Terrain neu zu beschreiten.

Das Schreiben einer Dissertation vereint oftmals das Gefühl, einerseits den Luxus genießen zu dürfen, sich voll und ganz einem selbst gewählten Thema widmen zu können, und andererseits sich zu fragen, ob es die Einsamkeit, die Zweifel, die Rückschläge denn auch wirklich wert sind. Rückblickend kann ich sagen, sie sind es.

Ich bedanke mich bei ao Univ.-Prof. Dr. Hannes Tretter für seine engagierte Betreuung, seine Bereitschaft, jede noch so „kreative“ Idee meinerseits zu überdenken und mir in fachlichen Gesprächen mit wertvollen Ratschlägen zur Seite zu stehen.

Mein Dank gilt auch Univ.-Prof. Dr. Benjamin Kneihls für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Ich danke meinem Freund DI Lukas Leitner für seine Geduld und seine Begleitung durch alle Höhen und Tiefen.

Mein allergrößter Dank gebührt meinen Eltern Dr. Gabriele Zacherl und Prof. Dr. Nikolaus Zacherl, die mir das Studium und den genannten Luxus einer Dissertation ermöglichten, mich immer unterstützten und nie den Glauben an mich verloren haben.

Wien, im Oktober 2010

Felicitas Zacherl

Für meinen Vater,
meinen Kompass, der mir stets geholfen hat, den Weg zu finden

Leben gegen Leben? - Lebensrecht des Einzelnen
im Spannungsverhältnis zur Schutzpflicht des Staates
gemäß Art 2 EMRK am Beispiel der Terrorismusbekämpfung
Gleichzeitig ein Beitrag zur interpretativen Weiterentwicklung
der EMRK

I. Einleitung	1
II. Darstellung des Problems	5
III. Art 2 EMRK - Recht auf Leben	8
III. A. Entstehungsgeschichte des Art 2 EMRK	10
III. B. Schutzbereich des Art 2 EMRK	13
III. B. 1. Persönlicher Schutzbereich	13
III. B. 2. Geborenes Leben bis zum Tod	13
III. B. 3. Kein Recht auf Beendigung des Lebens durch andere (keine „negative Freiheit“)	16
III. B. 4. Umfassende positive Schutzpflicht des Staates gemäß Art 2 Abs 1 EMRK	16
III. C. Tötungsverbot und seine Grenzen	22
III. C. 1. Eingriffe	27
III. C. 1. a. Zurechnung einer Tötungshandlung zu einem Staat	28
III. C. 1. b. Absichtliche oder unabsichtliche Tötung oder Lebensgefährdung	29
III. C. 2. Grenzen des Tötungsverbots	32
III. C. 2. a. Art 2 Abs 1 zweiter Satz EMRK: Vollstreckung eines Todesurteils	32
III. C. 2. b. Rechtfertigung einer anderen Tötungshandlung	34
III. C. 2. b. 1. Rechtfertigungsgründe nach Art 2 Abs 2 EMRK im Allgemeinen	34
III. C. 2. b. 1. i. Tötung zur Verteidigung eines Menschen	38
III. C. 2. b. 1. ii. Tötung im Zuge einer Festnahme oder Verhinderung des Entkommens	40
III. C. 2. b. 1. iii. Tötung zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes	44
III. D. Art 2 EMRK - Art 15 EMRK: Einschränkung des Rechts auf Leben im Notstandsfall	45
IV. Exkurs: Terrorismus - was ist „Terrorismus“?	48
IV. A. Das Phänomen „Terrorismus“	48
IV. B. Täter - Opfer	51
IV. C. Moderner Terrorismus	54

V. Rechtsprechung der EKMR und des EGMR im Zusammenhang mit Terrorismus	56
V. A. Untersuchung der einschlägigen Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR wegen Verletzung des Art 2 EMRK im Zusammenhang mit Terrorismus	60
V. A. 1. Fallgruppe I: Tötung mutmaßlicher Terroristen	62
<i>EKMR, Entscheidung vom 13. Jänner 1993, Kelly gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 17579/90</i>	
<i>EGMR, Urteil vom 27. September 1995, McCann ua gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 18984/91</i>	
V. A. 1. a. Analyse	72
V. A. 1. b. Parallelen	77
V. A. 1. c. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus - Tötung von mutmaßlichen Kriminellen	78
<i>EGMR, Urteil vom 6. Juli 2005, Brady gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 43577/98</i>	
<i>EGMR, Urteil vom 8. Jänner 2009, Leonidis gegen Griechenland, ApplNr 43326/05</i>	
V. A. 1. c. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischen Hintergrund	83
V. A. 2. Fallgruppe II: Grenzen der positiven Schutzpflicht des Staates, Schutz der Bürger vor Terrorismus, Schutz der Terrorismussympathisanten	86
<i>EKMR, Entscheidung vom 28. Februar 1983, W. gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 9348/81</i>	
<i>EGMR, Urteil vom 28. März 2000, Mahmut Kaya gegen Türkei, ApplNr 22535/93</i>	
V. A. 2. a. Analyse	89
V. A. 2. b. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus - positive Schutzpflicht	90
<i>EGMR, Urteil vom 8. November 2005, Gongadze gegen die Ukraine, ApplNr 34056/02</i>	
V. A. 2. b. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischen Hintergrund	92
V. A. 2. b. 2. Exkurs - Terroranschläge - Analogie zu Naturkatastrophen?	93
<i>EGMR, Urteil vom 20. März 2008, Budayeva ua gegen Russland, ApplNr 15339/02</i>	
V. A. 3. Fallgruppe III: Tötung von Zivilpersonen im Zuge antiterroristischer Operationen	97
<i>EGMR, Urteil vom 19. Februar 1998, Kaya gegen Türkei, ApplNr 22792/93</i>	
V. A. 3. a. Analyse	98
V. A. 3. b. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus	99

*EGMR, Urteil vom 9. Oktober 1997, Andronicou und Constantinou
gegen Zypern, ApplNr 25052/94*

V. A. 3. b. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischen Hintergrund	101
V. A. 4. Zusammenfassende Analyse der Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR vor dem Hintergrund terroristischer Aktivitäten wegen Verletzungen des Art 2 EMRK	102
VI. Rechtliche Beurteilung der Tötung von Zivilpersonen zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags an Hand des Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes	103
VI. A. § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz	103
VI. A. 1. „Recht auf Leben“ im deutschen Recht	103
VI. A. 1. a. Art 2 EMRK – Art 2 Abs 2 erster Satz dGG; Unterschiede	104
VI. A. 2. Anlassfall für den Entwurf und das Inkrafttreten der §§ 13 – 15 deutsches Luftsicherheitsgesetz	109
VI. A. 3. Verfassungsbeschwerde beim deutschen BVerfG und Zusammenfassung des Urteils	111
VI. A. 3. a. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen §§ 13 – 15 deutsches Luftsicherheitsgesetz	112
VI. A. 3. b. Formelle Verfassungswidrigkeit	112
VI. A. 3. c. Materielle Verfassungswidrigkeit	114
VI. A. 4. § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz in der Rechtswissenschaft	119
VI. A. 5. Rechtliche Beurteilung des § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz am Maßstab des Art 2 EMRK	121
VI. A. 5. a. Abschuss eines Luftfahrzeugs und damit verbundene Tötung von unschuldigen Dritten	121
VI. A. 5. a. 1. Zurechenbarkeit der Tötungen	121
VI. A. 5. a. 2. Absichtliche oder unabsichtliche Tötung der unschuldigen Dritten	122
VI. A. 5. a. 3. Rechtfertigung	126
VI. A. 5. a. 3. i. „Unbedingt erforderliche Gewaltanwendung“	126
VI. A. 5. a. 3. ii. Legitimes Ziel, rechtmäßige Verteidigungshandlung	126
VI. A. 5. a. 3. iii. Exkurs: Rechtliche Zurechnung der Tötungen der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder	135
VI. A. 5. a. 3. iv. Verhältnismäßigkeit	135
VI. A. 5. b. Abschuss eines ausschließlich mit in krimineller Weise angreifenden Personen besetztes Luftfahrzeug, die das Luftfahrzeug als Waffe gegen Menschen auf der Erde einzusetzen beabsichtigen	148
VI. A. 5. c. Exkurs: Sonderfall – der „unschuldige Pilot“	150
VI. A. 6. Menschenwürde als „letzter Referenzpunkt moralischen und rechtlichen Argumentierens“	151

VI. A. 6. a. Bedeutung und Stellenwert der Menschenwürde	152
VI. A. 6. b. Menschenwürde – Art 2 EMRK	154
VI. A. 6. c. Menschenwürde und die Tötung von Zivilisten zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags an Hand des Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes	155
VI. A. 7. Zusammenfassung - weiterführende Fragen	156

VII. Schlussfolgerungen	161
--------------------------------	------------

Appendizes

A) Abkürzungsverzeichnis	I
B) Literaturverzeichnis	V
C) Verzeichnis behandelter Entscheidungen	XV
D) Abstract	XVII
E) Curriculum Vitae	XIX

I. Einleitung

Seit dem 11. September 2001 ist sich fast jeder der ständigen Gefahr des Terrorismus bewusst. Die Zahl der jährlich versuchten oder auch erfolgreich durchgeführten terroristischen Angriffe ist laut Europol in Europa längst dreistellig. Auch wenn die nach dem 11. September 2001 eingesetzte Lawine an Schreckensnachrichten und darauf folgende Sicherheitsmaßnahmen mit der Zeit abgeebbt scheinen, so lösen noch immer Meldungen über neu entdeckte terroristische Pläne Unsicherheit in der Bevölkerung, aber auch innerhalb der Regierung des jeweils betroffenen Staates aus. Immer wieder flammen heftige Diskussionen über mögliche Sicherheitsmaßnahmen auf. Einig ist man sich aber überall, mit dem Strafgesetzbuch allein ist wohl kein Terrorist zu beeindrucken oder davon zu überzeugen, von seinen Plänen Abstand zu nehmen. „Dieser Gegner ist weder abzuschrecken noch zu beschwichtigen. Besitzen die Terroristen chemische, radiologische, bakteriologische oder Kernwaffen, müssen sie nur einmal erfolgreich sein.“¹

Wie aber soll der Bedrohung „Terrorismus“ begegnet werden? Präventivmaßnahmen müssen gesetzt werden, aber in welcher Form? Von einer „Dritten Spur“² ist die Rede, einem Weg zwischen den Verpflichtungen aus dem Grundgesetz und der Logik des Krieges.

„Für gewaltsame Auseinandersetzungen eines Staates mit den eigenen Bürgern gelten im Völkerrecht unter Umständen kriegsrechtliche Regeln. Warum sollte es nicht auch eine völkerrechtliche Kategorie geben für schwerwiegende Auseinandersetzungen des Staates mit organisierten Banden, die transnational agieren?“³

Laut dem Kölner Staatsrechtler und Rechtsphilosophen *Otto Depenheuer* müsse die „Realität des weltweiten Bürgerkrieges“ zu einer Anpassung der Verfassung führen, da sonst eine „permanente Ausnahmelage“ drohe. Ein „Bürgeropfer“⁴ sei notwendig; „die im

¹ *Ignatieff*, Das kleinere Übel (2004) 210.

² *Darnstädt*, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, *Der Spiegel* 9. 7. 07/28, 30.

³ *Kreß*, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, *Der Spiegel* 9.7.07/28, 27.

⁴ *Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaats² (2008) 75ff.

Grundgesetz verankerte Pflicht eines jeden, im Kampf gegen Allahs Krieger notfalls die Grundrechte, wenn nicht das Leben fahren zu lassen.“⁵

Seit dem 11. September 2001 befindet sich die westliche Welt in Erwartung eines neuen terroristischen Anschlags. „Von wo sie auch kommen, sie werden erwartet. Tag und Nacht starren fünf Männer in den Himmel über Deutschland, um Alarm zu schlagen, wenn es soweit ist: „Renegade“, das ist der Name für die dunkle Bedrohung. Renegade: Ein Flugzeug weicht von seinem Weg ab und nimmt Kurs auf ein Atomkraftwerk oder den Reichstag.“⁶

Überwachung ist eines der Hilfsmittel, um den Menschen, die in dem jeweiligen betroffenen Staat leben, ein möglichst hohes Maß an Sicherheit zu bieten. Der Staat versucht, Leben zu schützen; als Vertragsstaat der EMRK ist er dazu sogar gesetzlich verpflichtet. Die Folge davon ist, dass der betroffene Staat in einem Ernstfall handeln muss. Wird ein (vermeintlicher) Terrorist aufgespürt, besteht das Ziel darin, diesen mit einem möglichst geringen Schaden an seinem vielleicht bestehenden Plan zu hindern, Hunderte von Menschen umzubringen. Wie sieht aber die Situation aus, wenn Unschuldige sterben müssen, um einen wirklichen oder vermeintlichen Terroristen aufzuhalten? Wie formuliert man ein Gesetz, welches die Tötung von Unschuldigen zur Verhinderung eines Terroranschlags rechtfertigen soll? Bietet das demokratische Denken in Mehrheiten tatsächlich eine Lösung? Kann die Rettung mehrerer Menschen die Tötung eines oder einiger weniger oder gar vieler Menschen rechtfertigen, obwohl die Gleichberechtigung und das Wissen, dass jedes Leben gleich viel wert ist, der Ursprung jeglicher Menschenrechte ist?

Leben gegen Leben? Diese Frage zu beantworten versucht die vorliegende Arbeit auf der Basis der EMRK, der Rsp des EGMR und beispielhaft an Hand der Darstellung des deutschen Luftsicherheitsgesetzes. Nicht diskutiert werden sollen die Fragen, ob der Rechtsstaat durch antiterroristische Maßnahmen gefährdet ist, inwieweit Angst als Druckmittel bei der Durchsetzung von Anti-Terror Maßnahmen eingesetzt wird, oder politische Folgen des Terrorismus. Diese Arbeit setzt sich mit anderen grundlegenden Problemen auseinander, nämlich mit möglichen Kollisionen von Anti-Terror Maßnahmen

⁵ Darnstädt, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, Der Spiegel 9. 7. 07/28, 30.

⁶ Darnstädt, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, Der Spiegel 9. 7. 07/28, 18.

und Menschenrechten, im Speziellen potenzielle Verletzungen des Rechts auf Leben. Jedoch, ist dies überhaupt möglich? Definieren Menschenrechte nicht die wichtigsten Prinzipien und Grenzen eines Rechtsstaates, die niemand unter welchen Umständen auch immer brechen soll und darf, eine unübersteigbare Grenze? Menschenrechte werden gebrochen, selbst in Europa, diese Tatsache ist bekannt; viele Menschen gehen aber von der Annahme aus, dass es sich dabei nicht um fundamentale Garantien des Grundrechtskatalogs wie zB das Recht auf Leben handelt. Diese Annahme ist jedoch falsch. Drei Zitate können das Problem umreißen:

- „Die Folter ist ein solches Beispiel. Ich habe erschrocken innegehalten, als ich sah, wie schnell ein Verbot bröckelte, das auf weltweitem Konsens beruht – in Amerika nach dem 11. September, bei uns schon aus Anlass einer Kindesentführung. Wenn man in der Situation steht, in der Folter Rettung von Menschenleben verspricht, dann ist es schwer dem Druck standzuhalten, sofern man sich nicht vorher über die Prinzipien verständigt hat. Deswegen muss man die Diskussion vorher führen und sich fragen: Wo ist der Punkt gekommen, von dem an ich nicht mehr mein Modell einer freien, menschenwürdigen Gesellschaft verteidige, sondern es demjenigen annähere, das ich eigentlich bekämpfe?“⁷
- „Es gibt eine rote Linie, die unsere Verfassung setzt. Zum Beispiel die Menschenwürde, das Folterverbot und das Recht auf Leben, also das Verbot, mutmaßliche Terroristen gezielt zu töten.“⁸
- „Natürlich muss der Pilot eines österreichischen Eurofighters ein Terror-Flugzeug abschießen, dessen Pilot mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Massenmord plant und durchzuführen begonnen hat: den Selbstmord, den Mord an den Flugzeuginsassen und jener Hekatomben von Menschen, die als Folge des Aufpralls und der Explosion sterben müssten. Das ist eine grausame, unmenschliche und zutiefst belastende Wahrheit.“⁹

Rechtliche Basis dieser Arbeit ist die EMRK, ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Entstehung eng mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs verbunden ist und der am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet wurde. Obwohl die Verhandlungen und die

⁷ Grimm, Sicherheit geht immer auf Kosten der Freiheit, Die Zeit 17.8.2006/34.

⁸ Zypries, Zu allem fähig, Die Zeit 12.07.2004/29.

⁹ Kohl, Zum Abschuss verpflichtet, Die Presse 28.7.2007, 37.

Unterzeichnung darüber über fünf Jahrzehnte zurückliegen, ist seine Aktualität ungebrochen. Zu klären ist jedoch, inwiefern das 1950 entstandene Vertragswerk gegen die heutigen „Angriffe“ auf freiheitliche Gesellschaften noch genügend Schutz bieten kann.

Das Recht auf Leben steht als eines der grundlegenden Garantien an der Spitze des Katalogs der Menschenrechte¹⁰. Bereits durch die Stellung des Art 2 EMRK kommt zum Ausdruck, dass er eine der fundamentalen Garantien des Grundrechtskatalogs der EMRK darstellt. Laut dem EGMR ist das Recht auf Leben die „Voraussetzung aller anderen Grundrechte“¹¹. Durch den gesetzlichen Schutz des Rechts jedes einzelnen Menschen auf Leben wird eine umfassende Schutzpflicht des Staates normiert¹², das Leben der Menschen, die auf seinem Staatsterritorium leben, zu schützen. Gleichzeitig beinhaltet Art 2 EMRK eine taxative Aufzählung jener Fälle, in denen eine Tötung nicht als Verletzung des Art 2 EMRK betrachtet wird.

Sind jedoch antiterroristische Maßnahmen, wie zB das „Targeted Killing“ oder ein Luftsicherheitsgesetz, welches das Abschießen von Flugzeugen gesetzlich regelt, die von Terroristen gekapert wurden, von den bestehenden Ausnahmen gedeckt oder nicht?

Das Recht auf Leben ist eines jener grundsätzlich „notstandsfesten“ Rechte, die auch unter den Bedingungen eines Notstandes gem Art 15 EMRK nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen, wobei allerdings der Abs 2 des Art 15 EMRK selbst eine Einschränkung des Art 2 bei Todesfällen in Folge rechtmäßiger Kriegshandlungen zulässt. Handelt es sich aber bei präventiven Maßnahmen gegen Terroranschläge oder bei Tötungen von Terroristen auf Verdacht um „rechtmäßige Kriegshandlungen“?

Fakt ist, dass der Kampf gegen den Terrorismus in der heutigen Form Maßnahmen verlangt. Aber soll es tatsächlich einem Staat erlaubt sein, gezielt das Leben von Unschuldigen auszulöschen, um dadurch andere Unschuldige zu retten? Trotz der fundamentalen Bedeutung des Art 2 und der Fülle an Kommentaren und Literatur zu diesem Artikel erfordern es die Ereignisse der letzten Jahre und die Reaktionen darauf,

¹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rom, 4.11.1950, idF Protokoll Nr 11v 11.5.1994, das am 1.11.1998 in Kraft trat.

¹¹ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1. a.

¹² EGMR, U 9.6.1998, *L.C.B.* gg das Vereinigte Königreich, Nr 23413/94.

die Sicherung des Rechts auf Leben wieder in Erinnerung zu bringen und dessen Auslegung neu zu überdenken.

II. Darstellung des Problems

Kaum ein gesetzliches Regelwerk erscheint auf den ersten Blick so klar und für jedermann so verständlich wie jene, welche den elementarsten Schutz bieten: die Kataloge der Menschenrechte. In Europa etablierte sich die Europäische Menschenrechtskonvention als der einflussreichste Katalog von Grundrechten und Grundfreiheiten¹³. Diese erarbeitet von einem Ausschuss des Europarats als Reaktion auf die Schrecken des zweiten Weltkrieges ist allerdings nicht nur ein Katalog von Grundrechten und Grundfreiheiten; sie sieht vielmehr zugleich auch überstaatliche Organe und ein Verfahren zur Durchsetzung dieser Grundrechte und Grundfreiheiten vor. Im Gegensatz zu der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 handelt es sich bei der EMRK also nicht nur um eine deklaratorische Erklärung, sondern um verpflichtende und einklagbare Rechte. Umso wichtiger ist es, dass über die einzelnen Grundrechte und Grundfreiheiten der EMRK Klarheit herrscht. Dies berücksichtigend versuchte der Europarat in seiner Formulierung der einzelnen Artikel der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle möglichst eindeutig vorzugehen. Insbesondere Art 2 EMRK¹⁴ erscheint mit seiner Gewährleistung des Rechts auf Leben und der gleichzeitigen abschließenden Aufzählung der gerechtfertigten Eingriffe, als ein in sich geschlossener Kreis, der nur wenig Raum für Unklarheiten lässt. Wie kann es also gerade in einem Bereich, dessen Bedeutung nicht nur der EGMR immer wieder hervorhebt, zu diesen Unsicherheiten kommen? Der Grundstein dafür, liegt in der Dynamik der EMRK, „the

¹³ Beim Studium der nationalen Rechtsordnungen ist festzustellen, dass der Begriff „Menschenrecht“ nur sehr selten verwendet wird, vielerorts wird von „Grundrecht“ gesprochen. Die beiden Begriffe erscheinen auf den ersten Blick sehr ähnlich, weisen jedoch in ihrer Bedeutung Unterschiede auf, auch wenn diese nur eher dogmatischer Natur sind. Für den Anhänger des Naturrechts werden mit dem Begriff „Menschenrechte“ Rechte bezeichnet, die dem Menschen von Natur aus zustehen; sie sind ihm angeboren und vom Staat, unabhängig von ihrer Positivierung zu achten. Ein Anhänger des Rechtspositivismus sieht hingegen die Bedeutung der Menschenrechte darin, dass sie in völkerrechtlichen Verträgen festgeschrieben und Völkerrechtssubjekte daran gebunden sind. Gleich welcher Auffassung Folge geleistet wird, handelt es sich bei Menschenrechten immer um „Jedermannsrechte“. Sie sind weder abhängig von einer Staatszugehörigkeit, noch einem Geschlecht oder sonst einem Kriterium. Im Gegensatz dazu werden Grundrechte vom Staat gewährt. Diese Rechte können entsprechend ihres Anwendungsbereichs entweder Staatsbürgerrechte oder Jedermannsrechte idS, dass sie jeder Person die sich auf dem jeweiligen Staatsgebiet befindet zukommen, sein.

¹⁴ Im Folgenden wird Art 2 EMRK immer als „Art 2“ bezeichnet.

living instrument, which must be interpreted in the light of present day conditions“.¹⁵ Ist daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass sich die EMRK bzw die Auslegung derselben eben den jeweiligen Gegebenheiten anpassen muss? Stark vereinfacht und auch undifferenziert liegt in dieser simplen Frage bzw deren Beantwortung eine Teilproblematik dieser Arbeit. Aktualisiert wurde das Thema durch den scheinbar überraschenden Einbruch des Terrorismus in Europa. Die Reaktionen darauf sind zahlreiche Strategiepläne, zu erreichende Zwischenziele und eine Fülle dafür notwendiger Maßnahmen. In den meisten Fällen handelt es sich bei den sog „Maßnahmen“ um Befugnisse der Sicherheitspolizei, die in bestimmten Situationen auch einen Grundrechtseingriff zum Schutz der Nation vorsehen. Grundsätzlich ist die dabei auftretende Problematik keine besonders Neue: in Deutschland zB gibt es diesbezüglich bereits seit dem zweiten Weltkrieg Gesetze zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses.¹⁶ Neu allerdings ist die seit dem 11 September 2001 entflammte Diskussion über Eingriffe in Art 2.

Wie oben bereits angesprochen scheinen Struktur, Inhalt und Auslegung von Art 2¹⁷ nahezu perfekt zu sein: Der Staat hat die Verpflichtung, das Recht auf Leben zu schützen, und nur unter genau bestimmten Umständen ist es dem Staat erlaubt einzugreifen; das Recht auf Leben als „Voraussetzung aller Grundrechte“¹⁸. Haben jedoch die Ereignisse der letzten Jahre, genauer die Bekämpfung des Terrorismus, Art 2 Abs 1 erster Satz zu einem Feind des Rechts auf Leben gemacht? Das wäre eine Wendung, die von den Verfassern der EMRK in keiner Weise so vorgesehen war. Das konkrete Problem besteht darin, wie mit staatlichen Eingriffen zur Bekämpfung des Terrorismus umzugehen ist, die keine Erfüllung der in Art 2 taxativ aufgezählten Ausnahmetatbestände darstellen. Es wird nach Rechtfertigungen gesucht zum Schutz der Nation, zum Schutz einer Vielzahl von anderen Unschuldigen, weil es nach dem heutigen Stand der Technik und Bedrohung

¹⁵ *Wildhaber*, Opening of the judicial year ceremony v. 23.1.2003; EGMR, U 13.6.1979, *Marckx* gg Belgien, Serie A 31 Z 41; Ausdruck findet dies in einer Besonderheit der teleologischen Interpretation, nämlich der dynamisch-evolutive Auslegungsmethode, nach welcher der EGMR den jeweils aktuellen Sinn eines Konventionsbegriffes ermittelt und die EMRK dadurch immer wieder modernisiert. Dies aus dem Grund, da sich die Gesellschaft und ihre Wertvorstellungen seit dem Jahre 1950 stark verändert haben. Um die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Konvention zu argumentieren und zu garantieren ist daher die Interpretation im Lichte der Veränderungen seit 1950 zu sehen. Das Rechtsanwendungsorgan muss also immer von den aktuellen Gegebenheiten im Zusammenhang mit dem zu subsumierenden Sachverhalt ausgehen.

¹⁶ Vgl. EGMR, U 6.9.1978, *Klass ua* gg Deutschland, Nr 5029/71.

¹⁷ Siehe Kap III.

¹⁸ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1. a.

durch den Terrorismus notwendig geworden ist¹⁹, etc. Werden diese Rechtfertigungen aber von Art 2 und seinen Ausnahmetatbeständen noch umfasst, oder handelt es sich bei diesen um eine Ausuferung? Wird die derzeitige Auslegung und Interpretation des Art 2 den neuen Bedrohungen noch gerecht? Bevor auf diese Fragen näher eingegangen werden kann, muss allerdings zunächst geklärt werden, was Terrorismus eigentlich ist bzw was hier darunter verstanden wird.

Da die Auslegung der EMRK häufig durch die Rsp des EGMR weiterentwickelt wird, ist vor allem diese zu untersuchen. Wie verhält sich der EGMR gegenüber Fällen iZm Terrorismus? Hauptaugenmerk liegt dabei auf Verletzungen des Art 2. Dieser schützt prinzipiell vorerst vor staatlichen Tötungshandlungen bzw Lebensgefährdungen, aber auch vor Eingriffen durch Private. Die sich ergebende rechtliche Problematik, wenn ein Privater einen vermeintlichen oder tatsächlichen Terroristen tötet, ohne dass eine Notwehrsituation für ihn selbst besteht, wird nicht erörtert. Grundsätzlich kann es bei staatlichen Eingriffen zu folgenden Konstellationen dabei kommen:

- Staatliches Sicherheitsorgan tötet bzw gefährdet das Leben eines Terroristen
- Staatliches Sicherheitsorgan tötet bzw gefährdet das Leben eines vermeintlichen Terroristen
- Staatliches Sicherheitsorgan tötet bzw gefährdet das Leben eines Unschuldigen, um eines Terroristen habhaft zu werden
- Staatliches Sicherheitsorgan tötet bzw gefährdet das Leben eines Unschuldigen und womöglich auch das des Terroristen, um andere Unschuldige vor einem Terroranschlag zu schützen
- Staatliches Sicherheitsorgan tötet bzw gefährdet das Leben Unschuldiger, um einen terroristischen Anschlag zu verhindern

Der Fokus liegt somit auf Eingriffen des Staates in Art 2 iZm der Terrorismusbekämpfung. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die drastischste dieser Situationen gelegt, nämlich jene, in der sog innocent bystanders getötet werden, um das Leben anderer zu retten. Leben gegen Leben; Schutzpflicht des Staates gegen das Recht auf Leben eines jeden Einzelnen - Wie ist ein solcher Eingriff als gesetzmäßiger zu rechtfertigen bzw kann ein solcher Eingriff überhaupt gerechtfertigt werden?

¹⁹ Vgl. EGMR, U 6.9.1978, *Klass ua* gg Deutschland, Nr 5029/71.

Nach einer gründlichen Kommentierung des Art 2 soll nun in dieser Arbeit an Hand der Rechtsprechung der EKMR und des EGMR sowie der exemplarischen Darstellung und rechtlichen Beurteilung des deutschen Luftsicherheitsgesetzes der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich Bedeutung, Anwendung und Auslegung des Art 2 angesichts des neuen Bedrohungsszenariums Terrorismus verändert hat und / oder verändern wird.

III. Art 2 EMRK – Recht auf Leben

Artikel 2 EMRK

„(1) Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

(2) Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

- a.) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;*
- b.) jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern;*
- c.) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen“.*^{20 21 22}

Grundlegend führt *Mathieu* aus: „The right to life is self-evident. Human rights – the rights of each individual – depend on the existence of the biological process that is life.

²⁰ BGBl 210/1958 zuletzt geändert durch BGBl III 30/1998.

²¹ Englische Fassung: ”1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- a.) in defence of any person from unlawful violence;
- b.) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- c.) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

²² Französische Fassung: “1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d’une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n’est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d’un recours à la force rendu absolument nécessaire:

- a.) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;
- b.) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l’évasion d’une personne régulièrement détenue;
- c.) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.”

Human rights pertain both to humanity in the abstract and to real individuals sustained by the life process. The right to life is thus intended to protect the biological process that is a precondition of existence for the individual who possesses rights and freedoms. In this sense we must consider the right to life to be the primary right of every human being.”²³

Das Recht auf Leben manifestiert zusammen mit dem Verbot der Folter gem Art 3 EMRK, Werte, auf denen die demokratische Gesellschaft basiert, und für die der Europarat einsteht.²⁴ Unter dem Schutzgut „Leben“ ist die „biologisch-physische Existenz zu verstehen. Es handelt sich um einen rein natürlichen Begriff, der einfach das Lebendigsein bezeichnet...“²⁵

Art 2 steht an der Spitze der Konvention, womit schon zum Ausdruck gebracht wird, dass Art 2 eine der fundamentalen Garantien des Grundrechtskatalogs der EMRK ist. Laut EGMR ist das Recht auf Leben die „Voraussetzung aller anderen Grundrechte“²⁶. Diese Feststellung unterstreicht die besondere Bedeutung dieses Rechts. Bei der EMRK und ihren Grundrechten handelt es sich somit hinwieder nicht um eine „Grundrechtspyramide mit dem Recht auf Leben als absolutem und unverfügbarem Recht an der Spitze.“²⁷ Durch seine Ausnahmetatbestände verliert Art 2 nämlich von vornherein seinen kompromisslosen Charakter, wobei diese freilich eng auszulegen sind.²⁸ Der EGMR erklärt, dass Gegenstand und Zweck der Konvention zum Schutz jedes einzelnen Menschen fordern, dass Art 2 so interpretiert und angewendet wird, dass seine Schutzfunktion „praktisch und effektiv“ ist.²⁹ Die gelebte Praxis ist von Bedeutung, wenn auch der bloße Wortlaut des Art 2 („...wird gesetzlich geschützt“) auf den ersten Blick enger ist.

IZm Art 2 sind die Zusatzprotokolle 6 und 13 zur EMRK zu berücksichtigen; 6 und 13 ZPEMRK können als ein Abschluss der Entwicklung des Art 2 zur Todesstrafe verstanden werden.

²³ *Mathieu*, The right to life (2006) 9.

²⁴ *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006) 47.

²⁵ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 91f.

²⁶ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1. a.

²⁷ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 12.

²⁸ Siehe Kap III. C.

²⁹ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1. a.

Protokoll Nr 6 zur EMRK

„Art 1

Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.

Art 2

Ein Staat kann in seinem Recht die Todesstrafe für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden.“

Protokoll Nr 13 zur EMRK

„Art 1

Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.

Art 2

Diese Bestimmung darf auch nicht im Falle eines Notstandes iSd Art 15 EMRK abgeändert werden.“

Während die Stammkonvention (1950) die Todesstrafe noch als zulässige Ausnahme vom Tötungsverbot anerkennt, wird diese durch das 6 ZPEMRK (1983) für Friedenszeiten und durch das 13 ZPEMRK (2002) schließlich ohne Ausnahme abgeschafft.

III. A. Entstehungsgeschichte des Art 2 EMRK

Am 5. September 1949 wurde von dem aus Frankreich stammenden Pierre-Henri Teitgen, damals Berichterstatter des Komitees für rechtliche und administrative Fragen des Europarats, in einem Bericht [TP I, 86 (96)] über die bisherige Arbeit des Komitees die erste Fassung des Art 2 vorgeschlagen.³⁰

„Article 2 – All Member States, signatories to the convention, shall bind themselves to ensure to all persons residing within their territories:

1.) Security of person, in accordance with Article 3, 5 and 8 of the Declaration of the United Nations; ...”

³⁰ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 103.

Bei dieser Formulierung sollte es nicht bleiben; man kann daran jedoch erkennen, dass als Orientierungshilfe Art 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen – „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person“, herangezogen wurde.³¹ In diesem Zusammenhang ist für die spätere Auslegung des Art 2 zu erwähnen, dass fünf Staaten der UN-Menschenrechtskommission, darunter das Vereinigte Königreich, ein Dokument verfassten mit einem Vorschlag für den späteren Art 6 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)³², und zwar in dem Bestreben, die Garantie des Rechts auf Leben auf einen Schutz gegen hoheitliche Eingriffe zu beschränken. Einen gleichlautenden Vorschlag machte das Vereinigte Königreich für Art 2. Die Travaux Préparatoires³³ zur EMRK beweisen, dass dieses Papier die Basis für die dem endgültigen Text bereits viel nähere neue Version war.³⁴ Dieser Vorschlag lautet:

- „1. No one shall be deprived of his life intentionally.
2. There shall be no exception to this rule save where death results in those States where capital punishment is lawful, from the execution of such a penalty in accordance with the sentence of a court.
3. Deprivation of life shall not be regarded as intentional when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary,
 - (i) in defence of any other person from unlawful violence
 - (ii) in order to effect a lawful arrest or to prevent an escape from lawful custody; or
 - (iii) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection, or for prohibiting entry to a clearly defined place to which access is forbidden on grounds of national security.”³⁵

³¹ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 103.

³² Als Folge auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte entwarf die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen 1947 eine Konvention, die nur bürgerliche und politische Rechte enthielt, den sog Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte kamen erst im Jahre 1950 hinzu, wobei die Generalversammlung auf zwei getrennten Konventionsentwürfen bestand. Beide Pakte wurden am 16.12.1966 von der Generalversammlung angenommen.

³³ Travaux Préparatoires, Band II 352.

³⁴ *Machacek*, Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ 1983, 460; *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 103.

³⁵ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 104.

Der Unterschied zu dem heute geltenden Text des Art 2 besteht darin, dass diesem Vorschlag des Vereinigten Königreichs zunächst der heutige erste Satz völlig fehlt, und dass der vorgeschlagenen Art 2 Abs 2 lit c den zusätzlichen Eingriffstatbestand der Verhinderung des Eintritts in Örtlichkeiten beinhaltet, zu denen der Zutritt aus Gründen der nationalen Sicherheit verboten ist.

Nach einem weiteren Änderungsvorschlag des Vereinigten Königreichs, welcher jedoch keine grundlegenden Veränderungen mehr vorsah (Herausnahme von: „...or for prohibiting entry to a clearly defined place to which access is forbidden on grounds of national security.“), war die endgültige Fassung des Komitees für rechtliche und administrative Fragen des Europarats – mit Ausnahme des ersten Satzes des Art 2 – vollendet. Im Juni 1950 wurde diese Fassung ohne den genannten Zusatz im Art 2 Abs 2 lit c von der Konferenz der höchsten Regierungsvertreter angenommen, und, um dem Artikel 2 einen allgemeineren Charakter³⁶ zu verleihen, der erste Satz „everyone’s right to life shall be protected by law“ hinzugefügt, der vorerst als eigener Absatz vorgeschlagen wurde, schließlich aber doch als Teil des ersten Absatzes übernommen wurde.³⁷ Wie es zu diesem ersten Satz kam und in welcher Weise er ausgelegt werden sollte, galt lange als problematisch, da die Materialien keine eindeutigen Hinweise darauf geben. Auffällig ist allerdings, dass in einem Entwurf zum späteren Art 6 IPBPR der erste Satz des Art 2 bereits wörtlich aufschien. Zusätzlich war ein zeitlicher Zusammenhang zu erkennen: Die Beratungen der Regierungskonferenz des Europarats fanden nur einen Monat nach denen der UN- Menschenrechtskommission statt.³⁸ Heute gilt es daher als erwiesen, dass der erste Satz des Art 2 aus einem Entwurf für den Art 6 IPBPR übernommen wurde.³⁹

Die Verschiedenheit der Quellen des ersten Satzes des Art 2 Abs 1 und des Rests des Art 2 hat zur Folge, dass bei der historischen Interpretation des Art 2 dieser nicht als eine Gesamtheit anzusehen ist, sondern dass es sich um zwei zu trennende Teile handelt. Im Zuge der Regierungskonferenz 1950 wiesen die Vertreter extra darauf hin, dass sich die

³⁶Travaux Préparatoires der EMRK (1977), Band 4, 830; *Opsahl*, The right to life, in: *Macdonald/Matscher/Petzold* (Hrsg), The European system for the Protection of Human rights (1993) 208.

³⁷ Travaux Préparatoires der EMRK (1976), Band 3, 596.

³⁸ Vgl. *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention (1966) 101ff; Weitere Nachweise bei *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983)S 104f.

³⁹ Die endgültige Fassung des Art 6 IPBPR lautet - im Gegensatz zu dem eher nüchtern gehaltenen Art 2 - „every human being has the inherent right to life“. (*Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 6.)

Ausnahmetatbestände des Art 2 Abs 2 nicht auf den gesamten Art 2 Abs 1, sondern nur auf den zweiten Satz des Art 2 Abs 1 – „Niemand darf absichtlich getötet werden...“ - beziehen.⁴⁰

III. B. Schutzbereich des Art 2 EMRK

III. B. 1. Persönlicher Schutzbereich

Gem Art 1 EMRK gelten die in der EMRK garantierten persönlichen Rechte und Freiheiten für alle Personen, die der Hoheitsgewalt einer der Vertragsparteien unterstehen. Dh, dass - ungeachtet ihrer Staatsbürgerschaft - alle Menschen, die der „Jurisdiktion“ eines Vertragsstaates unterstehen, auch die Rechte und Freiheiten der EMRK und somit den Schutz dieser Rechte und Freiheiten durch den jeweiligen Vertragsstaat genießen. Die „Jurisdiktion“ eines Staates beschränkt sich grundsätzlich auf sein Staatsgebiet.⁴¹ Übt ein Vertragsstaat jedoch außerhalb seines Staatsgebiets Hoheitsgewalt in der Form aus, dass er effektive Kontrolle⁴² über ein Gebiet außerhalb seines Staatsgebiets⁴³ besitzt, so besteht auch außerhalb seines Staatsterritoriums eine entsprechende Verpflichtung dieses Vertragsstaates nach der EMRK.

III. B. 2. Geborenes Leben bis zum Tod

Das Recht jedes Menschen auf Leben wird von Art 2 unabhängig von sozialen oder geschlechtsspezifischen Umständen oder gar von einem volkswirtschaftlichen Wert geschützt.⁴⁴ Schutzgut des Rechts auf Leben ist einfach die „biologisch-physische“ Existenz⁴⁵ als Grundlage und unabdingbare Dimension des Menschseins.

⁴⁰ *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention (1966) 101ff.

⁴¹ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 21.

⁴² EGMR, U 23.3.1995, *Loizidou* gg Türkei, Serie A Nr 310.

⁴³ Bei Schiffen auf Hoher See gilt nach den Art 5 und 6 des Übereinkommens über die Hohe See das Recht der Flagge.

⁴⁴ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 13.

⁴⁵ Siehe Kap. III. samt Verweise auf *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 91f.

Im Unterschied zu dieser einhelligen Auffassung besteht in Europa kein Konsens darüber, wann das Leben beginnt. Diese Frage und die damit unmittelbar verknüpfte Frage, ab wann das Recht auf Leben besteht, gehört zu den strittigsten Punkten der EMRK. Würde Art 2 auch das ungeborene Leben umfassen, wäre jede Abtreibung, wenn sie nicht gerade das Leben der Mutter rettet, konventionswidrig; auch das Selbstbestimmungsrecht⁴⁶ der Frauen würde durch den Staat beeinflusst. Das ungeborene Leben jedoch überhaupt nicht unter einen gewissen Schutz des Art 2 zu stellen, widerspräche wohl den allgemeinen ethischen Vorstellungen.

Auch der EGMR hat noch nicht abschließend geklärt, inwieweit das ungeborene Leben durch Art 2 geschützt wird. Aus dem Wortlaut der Gewährleistung des Art 2 Abs 1 erster Satz allein ergibt sich die Erstreckung auf den Schutz ungeborenen Lebens nicht zwingend.⁴⁷ Nach der authentischen französischen Fassung der EMRK „toute personne“ könnte man nach *Grabenwarter*⁴⁸ durchaus eine Einschränkung auf bereits geborene Menschen ablesen, weil nach der wörtlichen Übersetzung von „Personen“ die Rede ist und mit dem Begriff „Personen“, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bereits geborene Menschen bezeichnet werden, während die englische Version „everyone“ diesbezüglich weniger deutlich ist.⁴⁹ Die EKMR sah ihrerseits in dem Begriff „everyone“ sehr wohl eine Bestätigung, dass nur geborene Menschen von Art 2 erfasst sind. Sie verwies in diesem Zusammenhang auch darauf, dass die in Art 2 Abs 2 lit a bis c genannten Beschränkungen des Tötungsverbots schon ihrer Natur nach nur Menschen/Personen betreffen können, die bereits geboren sind. Basierend auf dieser Begründung wurden bisher Beschwerden wegen abtreibungsrechtlicher nationaler Bestimmungen immer für unbegründet und unzulässig erklärt.⁵⁰ Auf der anderen Seite hat die EKMR festgestellt, dass gesetzliche Vorschriften zum Schutz des ungeborenen Lebens, selbst wenn sie Bestimmungen enthalten, die eine Abtreibung erlauben, nicht im Widerspruch mit der

⁴⁶ Vgl. dazu EKMR, E 19.5.1976, *Brüggemann und Scheuten* gg Deutschland, Nr 6959/75.

⁴⁷ *Opsahl*, Right to Life, in: *MacDonald/Matscher/Petzold* (Hrsg) *The European system for the Protection of Human Rights* (1993) 219ff.

⁴⁸ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 133.

⁴⁹ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 133, meint sogar, dass „everyone“ überhaupt keinen Hinweis auf eine Beschränkung auf „geborene Menschen“ liefert.

⁵⁰ EKMR, E 13.5.1980, *Paton* gg das Vereinigte Königreich, Nr 8416/78, EuGRZ 1981, 20ff; *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*¹⁰ (2002), Rn 16.

EMRK stehen; der Fötus steht aber trotzdem - wenn auch nicht uneingeschränkt - unter dem Schutz des Art 2.⁵¹

Repräsentativ für die Rsp des EGMR zur Frage des vom Art 2 geschützten Lebens ist das Urteil der Großen Kammer des EGMR in der Beschwerde *Vo gg Frankreich*⁵²: Über den Beginn des rechtlich geschützten Lebens gäbe es keinen Konsens, sodass die Vertragsstaaten hier einen Beurteilungsspielraum haben. Da auch bezüglich der Rechtsstellung des Embryos und des Fötus kein Konsens bestehe, sei es gegenwärtig weder wünschenswert noch möglich, die Frage zu beantworten, ob das ungeborene Kind ein „Mensch“ iS des Art 2 ist oder nicht.⁵³ Wegen der unterschiedlichen, teilweise sich direkt widersprechenden nationalen Regelungen in den Vertragsstaaten ist Art 2 nach einer systematischen Auslegung insofern eng auszulegen, als ungeborenes Leben nicht bzw in einem deutlich geringeren Maß als geborenes Leben unter dessen Schutz steht. Jedenfalls nicht in den Anwendungsbereich des Art 2 fallen extrakorporale Embryonen oder embryonale Stammzellen.⁵⁴

Anders als im Fall der Frage, ob das ungeborene Kind ein „Mensch“ iS des Art 2 ist und durch Art 2 geschützt wird oder nicht, ist es allgemein anerkannt, dass der Schutz des Art 2 mit dem Tod des Menschen endet; eine Definition für den Todeszeitpunkt, also den Zeitpunkt, ab dem der Schutz des Art 2 nicht mehr besteht, wird freilich von der EMRK nicht vorgegeben. So wie beispielsweise das österreichische KAKuG⁵⁵ in seinem § 62a über die Entnahme von Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation, setzt auch die EMRK die Definition des Todes als einen biologisch-medizinischen Begriff voraus. Aufgrund einer dynamischen (teleologischen) Interpretation desselben ist seit 1970 der Gehirntod und nicht mehr der Herz-Kreislauf-Tod, dh der Eintritt einer Totalnekrose von Großhirn, Kleinhirn und Hirnstamm⁵⁶ für den Todeszeitpunkt maßgeblich.

⁵¹ EGMR, U 19.5.1992, *H. gg Norwegen*, Nr 17004/90.

⁵² EGMR, U 8.7.2004, *Vo gg Frankreich*, Nr 53924/00.

⁵³ NJW 2005, 727 ff.

⁵⁴ *Frowein*, Art 2 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg), Europäische MenschenRechtsKonvention²(1996), Rn 3.

⁵⁵ BGBI 1/1957 zuletzt geändert durch BGBI I 35/2004.

⁵⁶ *Kneihls*, Das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 78f (Unter Bezugnahme auf medizinisch-wissenschaftliche Lehrmeinungen.); vgl das österreichische Transplantationsgesetz.

III. B. 3. Kein Recht auf Beendigung des Lebens durch andere (keine „negative Freiheit“)

Die „negative Freiheit“ des Rechts auf Leben wäre das Recht, das eigene Leben willentlich zu beenden. Art 2 schützt nicht das Leben, sondern das Recht auf Leben.⁵⁷ Die Besonderheit des Art 2 im Vergleich zu anderen Konventionsrechten liegt laut EGMR darin, dass der Grundrechtsträger sein Leben nicht gewählt hat. „Art 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life“⁵⁸ Daraus folgt, dass ein Recht auf Sterbehilfe aus Art 2 nicht abzuleiten ist.⁵⁹ Gleichermassen ist ein Verbot der Sterbehilfe - sei es der aktiven oder der passiven - aus Art 2 auch nicht ableitbar. Nach der Rsp des EGMR lässt es Art 2 offen, Beihilfe zur Selbsttötung oder Sterbehilfe durch Dritte unter Strafe zu stellen oder straffrei zu belassen.⁶⁰ Sinn und Zweck des Art 2 sei es, Schutz vor Bedrohungen von außen zu gewährleisten, jedoch verpflichte er die Vertragsstaaten der Konvention nicht, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen.⁶¹ Wie bei vielen Fragen iZm der EMRK ist auch hier der veränderte Erkenntnisstand der Wissenschaften, Leben zu verlängern, zu berücksichtigen. Es kann nicht Ziel des Art 2 sein, einen Menschen, der an einer mit Sicherheit zum Tode führenden Krankheit leidet, der Schmerzen ausgesetzt ist, die in keiner Relation zu der verlängerten Lebensdauer stehen, und der selbst sein Leben nicht mehr als „Leben“ ansieht, unbedingt jedenfalls am Leben zu halten.

III. B. 4. Umfassende positive Schutzpflicht des Staates gemäß

Art 2 Abs 1 S 1

Wie bereits bei der Entstehungsgeschichte des Art 2 dargestellt, basiert Art 2 Abs 1 erster Satz („protected by law“/„protégé par la loi“) auf einem anderen historischen Hintergrund

⁵⁷ *Kneihls*, Das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 85.

⁵⁸ EGMR, U 29.4.2002, *Pretty* gg das Vereinigte Königreich, Nr 2346/02, Z 39.

⁵⁹ Ob ein grundrechtlicher Anspruch auf Beihilfe bzw Nichtverhinderung der Selbsttötung nach Art 8 EMRK besteht ist strittig; vgl. *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 22.

⁶⁰ EGMR, U 29.4.2002, *Pretty* gg das Vereinigte Königreich, Nr 2346/02.

⁶¹ *Kneihls*, das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 85; *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 21.

als der Rest des Art 2. Die heute gültige Fassung des Art 2 geht auf zwei unterschiedliche Strömungen zurück, und zwar Art 2 ohne den ersten Satz auf Vorschläge des Vereinigten Königreichs mit der Intention, den Schutz des Lebens gegen Eingriffe hoheitlichen Handelns zu gewährleisten, und der erste Satz des Art 2 auf Art 6 IPBPR. Wie den im Rahmen der historischen Interpretation heranzuziehenden Materialien zum Art 6 IPBPR zu entnehmen ist, sollte dieser ein Recht auf den gesetzlichen Schutz des Lebens gegen jegliche Eingriffe und somit auch gegen Eingriffe Privater gewährleisten. Ein Teil der Lehre folgte der Interpretation des Art 6 IPBPR und betrachtete Art 2 Abs 1 erster Satz als eine Aufforderung an die Vertragsstaaten, das Rechtsgut Leben nicht nur vor staatlichen, sondern auch vor Eingriffen durch Private zu schützen⁶²; Art 2 ohne den ersten Satz würde - zumindest primär - bloß auf ein Unterlassen hoheitlicher Eingriffe abzielen. Ein anderer Teil der Lehre sieht trotz des ersten Satzes im gesamten Art 2 bloß eine Verpflichtung des Staates zur Unterlassung von Eingriffen.⁶³

Konsens zumindest großer Teile der Lehre besteht darüber, dass durch die Hinzufügung des ersten Satzes dem Artikel ein allgemeinerer Charakter verliehen werden sollte. Der „allgemeinere Charakter“ war notwendig und ist jedenfalls zweckmäßig, da die Formulierung des Art 2 bis dahin Schutzmaßnahmen in Bezug auf das Recht auf Leben nicht ausdrücklich vorschrieb, auch wenn *Kopetzki*⁶⁴ die Ansicht vertritt, dass die grundrechtliche Schutzpflicht auch ohne den ersten Satz aus den verbleibenden Bestimmungen des Art 2 ebenso gut abgeleitet werden könne. Jedenfalls, und dies ist nach der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR unbestritten, verpflichtet Art 2 über das Gebot, hoheitliche Eingriffe in das Recht auf Leben zu unterlassen, hinaus eine positive Gewährleistungspflicht des Staates. „The Court reiterates that the first sentence of Art 2, (...) enjoins the state not only to refrain from the „intentional“ taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction.“⁶⁵ Der gesamte Art 2 verlangt somit einen umfassenden gesetzlichen Schutz des Rechts auf Leben, der sowohl eine Verpflichtung zur Unterlassung von Eingriffen in das Recht auf Leben als auch eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen zu dessen Schutz beinhaltet.

⁶² Näheres dazu bei *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 105f.

⁶³ Vgl *Rosenzweig*, Die Bedeutung der Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1978, 469.

⁶⁴ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 66.

⁶⁵ EGMR, U 17.1.2002, *Calvelli u. Ciglio* gg Italien, Nr 32967/96, Z 48.

Diese Pflicht erfüllt der Staat auf zwei Ebenen, nämlich der der Gesetzgebung und der der Vollziehung. In der Ausübung beider ist der Staat dazu angehalten „lebensfreundlich“ zu handeln.⁶⁶ Bei der Art der Erfüllung dieser positiven Schutzpflicht verfügen die Konventionsstaaten über einen gewissen Gestaltungsspielraum, da es nach der EMRK anders als bei einem gewaltengegliederten Rechtsstaat keine genaue Zuweisung der Verantwortung an eine bestimmte Staatsgewalt gibt. Es erscheint jedoch sinnvoll, dass der Gesetzgeber zur Erfüllung bestimmter Schutzpflichten berufen ist.⁶⁷ Unabdingbare Basis ist die Erlassung eines grundsätzlichen Tötungsverbots. Darüber hinaus trifft den Staat auch ein aktiver Lebensschutz und zwar sowohl im Verhältnis von Staat - einschließlich des privatwirtschaftlich handelnden Staates - zu Privatem als auch von Privatem zu Privatem. Die Gestaltungsfreiheit der Staaten findet einerseits im Gebot der Effektivität und andererseits im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ihre Grenzen.⁶⁸ In dem Zusammenhang wird der Staat oftmals als „Sozialprognostiker“ bezeichnet, da er zum einen Maßnahmen setzen muss, die einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleisten, und er zum anderen die Grundrechtsposition Dritter weitestgehend unangetastet lassen soll. Es steht den Konventionsstaaten jedoch frei, ob sie das Tötungsverbot zB strafrechtlich oder zivilrechtlich sanktionieren,⁶⁹ wengleich sich das Strafrecht noch immer als wirksamstes Instrument zur Verhütung von Angriffen auf das Leben bewährt hat und eine Rechtsordnung ohne Strafbestimmungen gegen Mord und Totschlag kaum vorstellbar ist.⁷⁰

Da der EMRK an einem tatsächlichen Schutz der Menschenrechte gelegen ist, reicht es nicht aus, das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Menschenrechtsverletzung ausschließlich auf Basis einer Analyse der jeweiligen nationalen Rechtslage zu beurteilen. Das ergibt sich schon daraus, dass Beschwerden beim EGMR gegen jede Art des staatlichen Handelns und Unterlassens erhoben werden können. Der EGMR verurteilt folgerichtig Staaten nicht nur wegen deren legislativen, sondern – sogar in der Mehrzahl – wegen deren Vollziehungs-/Exekutivhandlungen. Somit umfasst auch die positive Schutzpflicht des Staates nicht nur den Bereich der Erlassung von die Menschenrechte gewährleistenden Gesetzen, sondern in ganz besonderem Maße auch den Bereich von

⁶⁶ *Machacek*, Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ 1983, 463f.

⁶⁷ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 139ff; *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 68.

⁶⁸ EGMR, U 4.5.2001, *Jordan* gg das Vereinigte Königreich, Nr 24746/94.

⁶⁹ EGMR, U 17.1.2002, *Calvelli u. Ciglio* gg Italien, Nr 32967/96.

⁷⁰ *Kneihls*, Das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 80.

deren effektiver Vollziehung. In Bezug auf Art 2 heißt das, dass von den Staaten ein effektiver Schutz des Lebens gefordert wird.⁷¹

Es kommt dabei freilich nicht bloß auf die unmittelbare Vollziehung der Gesetze an, die das Recht auf Leben schützen. Wichtig ist darüber hinaus, bereits die organisatorischen Maßnahmen zB iZm der Aufstellung von Polizei- und sonstigen Sicherheitskräften so zu treffen, dass Übergriffe von vornherein möglichst ausgeschlossen werden, und die Überwachung der Polizeieinsätze selbst effizient und lückenlos durchzuführen. Es geht in erster Linie um eine ordentliche Planung und Organisation der Einsatzkräfte und zweitens um eine effektive Untersuchung zur Aufklärung allenfalls eingetretener Verletzungen des Art 2 durch Staatsorgane. Die Staatenverantwortung beginnt nicht erst bei der Planung einer konkreten staatlichen „Operation“, sondern bereits bei der Ausbildung und dem Training der handelnden staatlichen Organe. So kann zB die Haftung eines Staates nach Art 2 ausgelöst werden, wenn es zu einer Verletzung des Art 2 aufgrund einer Fehleinschätzung der Gefahrensituation durch ein staatliches Organ kommt, wenn diese Fehleinschätzung auf eine mangelnde Ausbildung zurückzuführen ist.⁷² Das gleiche gilt, wenn die zu einer Verletzung des Art 2 führende Fehleinschätzung auf einer nicht ordnungsgemäßen Planung und/oder Kontrolle beruht. Dies wird als sog „Organisationsverschulden“⁷³ bezeichnet. Die Schutzpflicht des Staates iS des Art 2 endet nicht mit der ordnungsgemäßen Durchführung einer „Operation“: Kommt es im Zuge einer dem Staat zurechenbaren „Operation“ zu einer Tötung oder einer konkreten Lebensgefährdung, so begründet auch schon das bloße Wissen um diese die Verpflichtung des Staates zur Durchführung einer Untersuchung der Umstände, die zu der Tötung oder konkreten Lebensgefährdung führten.⁷⁴ Obwohl der EGMR zunächst die Meinung vertrat, dass der Inhalt der Untersuchung einzelfallabhängig sei,⁷⁵ formulierte er kurz danach konkrete Standards. Diese beinhalten sowohl die Unabhängigkeit der Untersuchungsorgane - es darf weder eine hierarchische noch eine institutionelle Verbindung der Untersuchungsorgane zu der die Tötung oder Lebensgefährdung verantwortenden Einrichtung bestehen - als auch eine subjektive Unparteilichkeit und Unbefangenheit der untersuchenden Personen iS des Rechtes auf eine faires Verfahren

⁷¹ *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 288 ff.

⁷² *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 140.

⁷³ Vgl. EGMR, U 27.9.1995, *McCann u.a.* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1.

a.

⁷⁴ EGMR, U 28.7.1998, *Ergi* gg Türkei, RJD 1998-IV, Z 82.

⁷⁵ EGMR, U 4.5.2001, *Velikova* gg Bulgarien, RJD 2000.IV, Z 80.

nach Art 6 EMRK.⁷⁶ Inhalt der Untersuchung sind das Vorliegen eines „Angriffs“ und die nach dem Grad der Gefährdung und der Bedeutung des Zieles einer staatlichen Handlung zu beurteilende Erforderlichkeit und Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung. Im Untersuchungsverfahren müssen die Behörden Beweise sichern, insbesondere die Vernehmung von Augenzeugen und die Aufnahme forensischer Beweise, gegebenenfalls auch eine Autopsie, durchführen. Schließlich müssen die Verantwortlichen identifiziert und gefunden werden. Diese Verfahrensschritte haben rasch und unter öffentlicher Kontrolle stattzufinden, wobei zur öffentlichen Kontrolle wenigstens der oder die nächste Angehörige der getöteten Person oder die gefährdete Person selbst im Verfahren beizuziehen ist.⁷⁷ Ziel der gesamten Untersuchung ist eine abschließende Beurteilung der Rechtfertigung der Tötung oder der Lebensgefährdung, die Benennung der Verantwortlichen und schließlich gegebenenfalls die Ahndung deren Verhaltens.⁷⁸

Den Staat trifft im Rahmen seiner Schutzpflicht iSd Art 2 auch eine Informationspflicht, der ein Informationsrecht der gefährdeten Person gegenübersteht, und zwar immer dann, wenn eine ernsthafte Lebensgefährdung besteht. Daraus folgt, dass der Staat, wenn er Informationen über die Gefährdung des Lebens einer Person hat, nicht nur die Tötung der betreffenden Person zu verhindern, sondern diese auch über die Gefährdung ihres Lebens zu informieren hat.⁷⁹

Im der Terrorismusbekämpfung etwa sind insbesondere diese prozeduralen und organisatorischen Aspekte der Schutzpflicht von Bedeutung, beginnend bei der speziell auf den Kampf gegen den Terrorismus ausgerichteten Ausbildung und dem diesbezüglichen Training einzelner staatlichen Organe, bis hin zur Instruierung der „normalen“ Polizei bei größeren Aktionen und die Vorbereitung, Planung und Kontrolle dieser Aktionen.

Wie unmittelbar und konkret ein Angriff sein muss, damit die Schutzpflicht des Staates ausgelöst wird, ist nicht eindeutig geklärt. Die Unterscheidung zwischen dem präventiven Schutz und dem Schutz vor konkreten Angriffen wird auch nicht explizit angesprochen, und zwar weder in der Lehre noch in der Rsp. Dies wäre jedoch wesentlich, um sagen zu

⁷⁶ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 142.

⁷⁷ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 142.

⁷⁸ Laut Machacek ist Art 2 Abs 1 erster Satz im Vollzugsbereich nur als Eingriffsverbot zu verstehen, 460.

⁷⁹ Vgl dazu EGMR, U 9.6.1998, *L.C.B.* gg das Vereinigte Königreich, RJD 1998-III, Z 36f.

können, wie weit vorausschauend der Staat Präventivmaßnahmen ergreifen muss. Gerade im Hinblick auf die in den letzten Jahren in bedeutender Weise veränderten Bedrohungssituationen betreffend das Recht auf Leben gewinnt die Frage an Brisanz. Zum Zeitpunkt der Beratungen und der Beschlussfassung der EMRK im Jahre 1950 konnte niemand wissen, wovor präventive Schutzmaßnahmen zu ergreifen sein würden; es wird wohl kaum mit Akten der Luftpiraterie, mit Selbstmordattentaten Privater, ja damit gerechnet worden sein, dass Private „Kriegshandlungen“ (Atomwaffen oder Raketen in der Hand von Terroristen) setzen, die freilich nicht als Aktionen im Rahmen völkerrechtlich anerkannter Kriege angesehen werden können. Ebenso hierher gehören lebensbedrohende Umweltbedingungen. Die Allgemeinheit des ersten Satzes des Art 2 bietet immerhin einen nach legistischen Gesichtspunkten sehr tauglichen Ansatz für eine teleologisch-dynamische Interpretation. Um den von der völkerrechtlichen Interpretation zu erreichenden „effet utile“⁸⁰ zu garantieren, bedeutet die für jeden Vertragsstaat sich ergebende Schutzpflicht, dass jeder Vertragsstaat pro-aktiv bestehende und neu aufkommende Bedrohungssituation zu beobachten und vorsorglich entsprechende Maßnahmen zu ergreifen hat. Unterlässt es ein Vertragsstaat, gesetzliche Abwehrmaßnahmen gegen neu entstehende Bedrohungen zu ergreifen, macht er sich nach Art 2 haftbar, wenn er die neue Bedrohung hätte erkennen und rechtzeitig gesetzliche Vorbeugemaßnahmen hätte treffen können, weil Art 2 von jedem Vertragsstaat erwartet, dass er vorausschauend auch auf erst neu entstehende Bedrohungssituation zum Schutz des Rechts auf Leben reagiert. Der EGMR hat in seiner Rsp Kriterien für Situationen entwickelt, welche die Schutzpflicht eines Staates auslösen.⁸¹ Hauptmerkmal ist demnach das Bestehen einer Bedrohung, die echt und unmittelbar ist. Strittig ist jedoch die Auslegung des Kriteriums der Unmittelbarkeit. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre entstehen Schutzpflichten des Staates, wenn die Gefährdung des Lebens greifbar wird, dh wenn die Lebensgefährdung zwar noch nicht besteht, aber mit großer Wahrscheinlichkeit sich ereignen kann und vermutlich sich auch

⁸⁰ Der Grundsatz der Effektivität bedeutet, dass die EMRK so auszulegen ist, dass sie eine möglichst nützliche Wirkung, iSd Zwecks der EMRK entfaltet. Laut dem EGMR in dessen U 13.6.1979, *Marckx* gg Belgien, Serie A 31 Z 31 garantiere die EMRK „konkrete und effektive“ und nicht „illusorische und theoretische“ Rechte.

⁸¹ EGMR, U 28.1.1998, *Osman* gg das Vereinigte Königreich, RJD 1998-VIII, 3214ff, Z 115f; ein Lehrer hatte den Sohn der Familie Osman belästigt, woraufhin die Eltern dies bei der Polizei meldeten. Schließlich wurde dem Lehrer Verboten sich dem Sohn zu nähern. Kurze Zeit später erschoss der Lehrer den Vater und verletzte den Sohn.

ereignen wird.⁸² Die Intentionalität der Lebensbedrohung ist bei der Beurteilung der Situation nicht maßgebend; die Schutzpflicht des Staates besteht auch gegenüber ungewollten Bedrohungen. Reagiert der betreffende Staat nicht entsprechend durch Eingriffsverbote und/oder effektive gesetzgeberische oder vollziehende Schutzmaßnahmen, haftet er aufgrund der positiven staatlichen „Handlungspflicht“ zum Schutz des Rechts auf Leben nach Art 2 Abs 1 erster Satz.

III. C. Tötungsverbot und seine Grenzen

Art 2 garantiert nicht nur ein Recht und lässt Eingriffe zu, sondern definiert inhaltlich selbst gerechtfertigte Eingriffe in dieses Recht, nämlich die Verteidigung gegen rechtswidrige Gewaltanwendungen, die Gewaltanwendung zur rechtmäßigen Festnahme bzw zur Verhinderung der Flucht, die Gewaltanwendung zur Niederschlagung eines Aufruhrs oder Aufstandes und - in den Vertragsstaaten, die das 13 ZPEMRK nicht ratifiziert haben - die Todesstrafe in Kriegszeiten. Mit dieser Konstellation wird Art 2 der Tatsache gerecht, dass selbst als unveräußerliche Rechte bezeichneten Menschenrechten unter bestimmten Umständen keine uneingeschränkte Geltung zukommt. Bei den unterschiedlichen Grundrechten und Grundfreiheiten der EMRK bestehen bezüglich der Eingriffstatbestandsmodalitäten grundsätzlich folgende Unterschiede:

- Uneingeschränkte (absolute) Grundrechte - selbst im Fall eines Notstands, zB Art 3 EMRK Verbot der Folter⁸³;
- für von der EMRK detailliert festgelegte Fälle wird der nationale Gesetzgeber durch die EMRK dazu ermächtigt, durch innerstaatliche Gesetze Eingriffe in bestimmte Grundrechte und Grundfreiheiten zu erlauben, zB Art 8 EMRK Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens⁸⁴;

⁸² *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn. 69; (35f); *Machacek*, Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ 1983, 463f; *Kneihs*, Recht auf Leben und Terrorismusbekämpfung - Anmerkungen zur jüngsten Judikatur des EGMR, in: *Grabenwarter/Thienel* (Hrsg) Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1998) 43.

⁸³ Zu bemerken ist hier aber, dass selbst diese in Extremsituationen immer wieder Grund für Diskussionen sind, ob Ausnahmen von dem absoluten Verbot nicht vielleicht doch möglich seien. Zu denken ist dabei nur an die Entführung des Jakob von Metzler im Jahre 2002 in Deutschland.

⁸⁴ In Zusammenhang mit Art 8 EMRK stellte das dBVerfG in seiner Entscheidung zum „Großen Lauschangriff“ aber fest, dass es trotz Gesetzesvorbehalt „absolut geschützte Kernbereiche“ gibt; siehe dBVerfG 1 BvR 2378/98-1 BvR 1084/99, Z 120, „Lauschangriff“.

- für von der EMRK detailliert festgelegte Fälle wird der nationale Gesetzgeber durch die EMRK ermächtigt, durch innerstaatliche Gesetze Eingriffe in bestimmte Grundrechte und Grundfreiheiten zu erlauben, wobei ein konkreter Eingriff allerdings nur unter Einhaltung bestimmter Verfahrensvorschriften der EMRK erfolgen darf, zB Art 5 EMRK Recht auf Freiheit und Sicherheit;

Im Sonderfall des Notstands nach Art 15 EMRK

- selbst im Fall eines Notstands gilt das Grundrecht uneingeschränkt („notstandsfest“), Art 3 EMRK Verbot der Folter, Art 4 Abs 1 EMRK Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit und Art 7 EMRK Keine Strafe ohne Gesetz
- im Fall eines Notstands darf von einem Grundrecht abgegangen werden, zB Art 5 EMRK Recht auf Freiheit und Sicherheit
- nur bei rechtmäßigen Kriegshandlungen (einem Spezialfall des Notstands) darf von einem Grundrecht abgewichen werden, und zwar ausschließlich Art 2 - soweit das 13 ZPEMRK gilt - mit Ausnahme des Verbots der Todesstrafe.

Art 2 fällt als ganzer - abgesehen vom Sonderfall des Notstandes, wobei er auch hier eine Ausnahme im Vergleich zu den restlichen Grundrechten und -freiheiten bildet - unter keine der dargestellten Eingriffsmodalitäten, da:

- ◆ Art 2 im Vergleich zB zu Art 3 EMRK selbst grundsätzlich Eingriffsmöglichkeiten definiert,
- ◆ Art 2 - wie etwa Art 5 EMRK – für Eingriffe keine Verfahrensgarantien vorsieht und da
- ◆ Art 2 sich grundlegend von den „klassischen“ unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechten und Grundfreiheiten gem Art 8 bis Art 11 EMRK auf Grund der ins Detail gehenden Formulierung der Eingriffstatbestände unterscheidet. „Hier werden genau die Mittel, die Ziele und die Voraussetzungen festgelegt, während sich Abs 2 der Art 8 bis 11 EMRK mit der Normierung der Ziele begnügt.“⁸⁵

Eindeutig festzustellen ist also, dass Art 2 auf Grund seiner besonderen Formulierung weder unter einem Vorbehalt zB iSd Art 5 EMRK noch unter einem „klassischen“ Gesetzesvorbehalt iSd Art 8 bis 11 EMRK steht. Der überwiegende Teil der hL wie etwa *Kopetzki* sieht trotzdem in Art 2 Abs 2 einen Vorbehalt, genauer, einen „eng gefassten

⁸⁵ *Schlag*, Einige Überlegungen zur Struktur finaler Grundrechtsnormen, JBl 1991, 552.

Schrankenvorbehalt⁸⁶. Dies wird damit argumentiert, dass erstens die Eingriffstatbestände des Art 2, wie oben bereits erwähnt, strenger formuliert sind als jene der Art 8 bis 11 EMRK, und es daher nicht nachvollziehbar wäre, dass Art 2 in Bezug auf die Gesetzesbindung lockerere Regelungen als Art 8 bis 11 EMRK vorsähe und weil es zweitens unverständlich wäre, dass Art 2 Abs 2 lit c eine Übereinstimmung mit der nationalen Rechtslage fordere, die restlichen Eingriffstatbestände des Art 2 Abs 2 lit a und b - die davon abgesehen keine großen Unterschiede zur lit c aufweisen - jedoch nicht.⁸⁷ Dem entgegenzuhalten ist, dass eben nur Art 2 Abs 2 lit c eindeutig Bezug nimmt auf die innerstaatliche Legalität und dass diese bei Art 2 Abs 2 lit a und b wahrscheinlich nicht „unabsichtlich vergessen“ wurden. Hinsichtlich des angeblichen Widerspruchs zwischen der strengeren Formulierung der Eingriffstatbestände, aber der weniger hohen Anforderung an die Gesetzesbindung des Art 2 im Vergleich zu Art 8 bis 11 EMRK ist anzumerken, dass es sich bei der Regelung der Eingriffstatbestände selbst eben nicht um eine losere, sondern um eine bedeutend präzisere und damit strengere als in den Art 8 bis 11 EMRK handelt. Eben weil Abs 2 zum Ausdruck bringt, dass - unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – unbedingt erforderliche Eingriffe auch erlaubt sind und nicht als Verletzung angesehen werden, bedeutet dies, dass jeder Eingriff anders als in Erfüllung dieser Eingriffstatbestände jedenfalls eine Verletzung des Art 2 wäre (wie bei Art 3 EMRK). Argumento e contrario bedeutet dies nichts anderes, als dass Eingriffe in schon allein im Hinblick auf die Erfüllung eines der Tatbestände des Art 2 Abs 2 eben keine Verletzung des Art 2 Abs 2 darstellen. Die präzisere und damit strengere Formulierung der Eingriffstatbestände in Art 2 Abs 2 kann durchaus als Grund dafür verstanden werden, dass zumindest bei den Eingriffstatbeständen der lit a und b des Art 2 keine Bindung an die nationale Rechtslage als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs genannt wird. Art 2 ist eben nun einmal bezüglich der Zulässigkeit von Eingriffen in das Recht auf Leben bedeutend anders formuliert als die übrigen Grundrechte und Grundfreiheiten der EMRK; dieser Tatsache muss entsprochen werden. Wie ist nun Art 2 im Hinblick auf die Typisierung seiner Eingriffstatbestände zu beurteilen:

⁸⁶ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 46.

⁸⁷ Siehe *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 47.

Art 2 Abs 1 S 1

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Art 2 ist zunächst Art 2 Abs 1 S 1 näher zu betrachten und zwar unabhängig vom Rest des Art 2: Art 2 beginnt in der deutschen Fassung mit dem Satz: „Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt.“ Aus dieser Formulierung könnte geschlossen werden, dass sich hinter dieser ein Gesetzesvorbehalt verberge. Diese Schlussfolgerung wäre jedoch falsch, wie *Marschall* mit Blick auf die englische und französische Fassung⁸⁸ richtig argumentiert.⁸⁹ Abgesehen davon wäre die Wirkung eines solchen Gesetzesvorbehalts auf den gesamten Art 2 auf Grund der unterschiedlichen historischen Wurzel schwer zu begründen. Es gilt freilich das für Art 2 Abs 1 S 1 in seiner bereits oben dargestellten Funktion Dargestellte, dass nämlich die von der EMRK auferlegte staatliche Schutzpflicht den nationalen Gesetzgeber auffordert, entsprechend tätig zu werden.

Zulässigkeit der Todesstrafe

Nach der Formulierung des Art 2 handelt es sich eindeutig um einen Gesetzesvorbehalt welcher zusätzlich bestimmte Verfahrensgarantien vorsieht.

Unbedingte Erforderlichkeit

Eben weil Abs 2 zum Ausdruck bringt, dass jedenfalls nur Eingriffe, die - unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips - unbedingt erforderlich sind, auch erlaubt sind und dann nicht als Verletzung angesehen werden, bedeutet dies, dass jeder Eingriff grundsätzlich zugleich auch eine Verletzung des Art 2 wäre (wie bei Art 3 EMRK).

Art 2 Abs 2 lit a und b

Die Eingriffstatbestände gelten schon aus Sicht der EMRK alleine und auch ohne eine Begründung in der nationalen Rechtsordnung.

Art 2 Abs 2 lit c

Der letzte der drei Eingriffstatbestände des Art 2 Abs 2 steht wiederum unter einem national-gesetzlichen Vorbehalt.

⁸⁸ Siehe Kap III.

⁸⁹ *Marschall*, Grundsatzfragen der Schwangerschaftsunterbrechung im Hinblick auf die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Leben, JBl 1972, 506.

Die Annahme, dass es sich bei Art 2 um einen „eng gefassten Schrankenvorbehalt“⁹⁰ handelt, ist also nach einer genauen Analyse zu verneinen. Auch wenn Art 2 sowohl absolute, als auch eindeutig unter Gesetzesvorbehalt stehende Elemente vereint, ist Art 2 vielmehr als im Rahmen der in ihm selbst genannten Vorbehalte uneingeschränkt/absolut zu bezeichnen. Es erscheint ja auch durchaus sinnvoll, bei einem so wesentlichen Grundrecht, nicht nur die Eingriffstatbestände stark zu beschränken, sondern auch die möglichen Interpretationsweisen nationaler Gesetzgeber. Obwohl auf den ersten Blick etwas paradox anmutend, bedeuten gerade jene klaren Eingriffsschranken die Sicherung des Stellenwertes des Rechts auf Leben als das eines fundamentalen Rechts. Zutreffend und erklärend meint dazu *Bielefeldt*: „Damit der gleichermaßen triviale wie richtige Hinweis, dass auch die menschenrechtlich verbürgte Freiheit⁹¹ angesichts der Unsicherheit menschlicher Lebensverhältnisse nur eine endliche, begrenzte Freiheit sein kann, nicht zu beliebigen Eingriffen oder gar zum faktischen Leerlaufen der Freiheitsrechte führt, bedarf es bestimmter Sicherungen, dh klarer Kriterien und Grenzen, innerhalb derer sich etwaige Abwägungen und Einschränkungen bewegen müssen.“⁹² Um genau diesen „Unsicherheiten der menschlichen Lebensverhältnisse“ von Beginn an zu entsprechen und jede Beliebigkeit hintanzuhalten, enthält Art 2 taxativ aufzählende materielle Regelungen zu seinen Eingriffen, auch unabhängig von nationalen gesetzlichen Regelungen. Unauflösbar verbunden mit dieser Charakterisierung als eingeschränkt absolutes Recht sind das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen und die Verpflichtung zur Anwendung der dynamischen Interpretation. Bei der dynamisch-evolutiven Interpretation handelt es sich um eine Auslegungsmethode, nach welcher der EGMR den jeweils aktuellen Sinn eines Konventionsbegriffes ermittelt und die EMRK dadurch immer wieder modernisiert. Dies aus dem Grund, da sich die Gesellschaft und ihre Wertvorstellungen seit dem Jahre 1950 stark verändert haben. Um die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Konvention zu argumentieren und zu garantieren ist daher die Interpretation im Lichte der Veränderungen seit 1950 zu sehen. Das Rechtsanwendungsorgan muss also immer von den aktuellen Gegebenheiten im Zusammenhang mit dem zu subsumierenden Sachverhalt ausgehen.⁹³ Der EGMR betonte

⁹⁰ Siehe *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 47.

⁹¹ Nach *Bielefeldt* sind alle Grundrechte und Grundfreiheiten ihrem Ursprung nach Freiheitsrechte.

⁹² *Bielefeldt*, Menschenwürde – Der Grund der Menschenrechte (2008) 25.

⁹³ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 34; dieser Aspekt wird insbesondere iZm der Bedrohung durch den Terrorismus, im Kap VI eingehender behandelt.

etwa im Fall *Tyres* gg das Vereinigte Königreich⁹⁴ in welchem der Bf eine Verletzung des absoluten Rechts des Art 3 EMRK behauptet, dass „the Convention is the living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present day conditions“⁹⁵.

III. C. 1. Eingriffe

Eine unrechtmäßige, ungerechtfertigte Tötung eines Menschen ist eine Verletzung des Art 2. Festzuhalten ist freilich, dass eine Verletzung des Art 2 nicht unbedingt den tatsächlichen Eintritt der Todesfolge voraussetzt. Im Fall *Makaratzis* gg Griechenland entschied der EGMR, dass eine Verletzung des Art 2 nicht grundsätzlich zu verneinen ist, wenn die Gewaltanwendung nicht zum Tode geführt hat. Es komme darauf an, „ob die gegen den Bf angewendete Gewalt sein Leben gefährdete, und welche Folgen das Verhalten der beteiligten Bediensteten nicht nur für die physische Integrität des Bf, sondern auch für die Interessen hatte, die das Recht auf Leben schützen will“.⁹⁶ In einem weiteren Fall erklärte der EGMR, dass „bei drohenden und irreversiblen Grundrechtsverletzungen die Eingriffsschwelle ein Stück in den Gefährdungsbereich vorverlagert werden muss.“⁹⁷

Dies bedeutet, dass bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme eine Verletzung des Art 2 darstellt oder nicht, nicht nur die Tötung, sondern die Situation selbst, die zur Tötung geführt haben könnte, zu prüfen ist, und zwar völlig unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer Tötung gekommen ist oder nicht.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine versuchte Tötung auch ausreicht, um das Vorliegen eines Eingriffs in Art 2 zu begründen. Eine eindeutige Antwort ist weder aus Art 2 noch aus den dazugehörigen Materialien ableitbar. Die Literatur ist geteilter Meinung. Eine versuchte Tötung kann als Eingriff in die physische und psychische Integrität des Opfers

⁹⁴ EGMR, U 25.4.1978, Nr 5856/72, der Bf wurde im Jahr 1972 wegen Körperverletzung von einem Jugendgericht der Isle of Man rechtmäßig zu drei Schlägen mit einer Birkenrute verurteilt.

⁹⁵ EGMR, U 25.4.1978, Nr 5856/72, Z 31.

⁹⁶ EGMR, U 20.12.2004, *Makaratzis* gg Griechenland, Nr 50385/99, NJW 2005, 3405, Der Bf überfuhr mit seinem PKW eine rote Ampel und wurde daraufhin von der Polizei verfolgt, nach einer längeren Verfolgungsjagd, begann die Polizei auf das Auto des Bf zu schießen.

⁹⁷ EGMR, U 7.7.1989, *Soering* gg das Vereinigte Königreich, EuGRZ 1989, 314, Auslieferung an die USA bei drohender Todesstrafe.

zu qualifizieren sein. Da die EMRK die persönliche Integrität eines Menschen per se jedoch nicht explizit schützt, gehen die Meinungen darüber auseinander, ob es sich bei einer versuchten Tötung um einen Eingriff in Art 2 oder in Art 3 EMRK handelt.⁹⁸ Als gesichert ist festzuhalten, dass die versuchte Tötungshandlung jedenfalls als Eingriff in Art 2 zu werten ist, wenn sie mit einer solchen Gravität und Intensität durchgeführt wurde, dass sie geeignet war, das Leben des Opfers ernsthaft zu gefährden. So entschied auch der VfGH in dem sog „Treibjagd“ Erkenntnis⁹⁹, dass es sich bei einem lebensgefährdenden Gebrauch der Dienstwaffe - auch ohne Tötung – um einen Eingriff in das Recht auf Leben handelt. Die versuchte Tötung ist also ein Eingriff in Art 2, wenn der Versuch selbst schon als eine Lebensgefährdung¹⁰⁰ zu qualifizieren ist.

III. C. 1. a. Zurechnung einer Tötungshandlung zu einem Staat¹⁰¹

Eine staatliche Tötungshandlung liegt immer dann vor, wenn eine Zurechenbarkeit zu einem Staat erwiesen ist. Zu den staatlichen Tötungshandlungen gehören zB Tötungen im Rahmen von Polizeieinsätzen oder Einsätzen anderer Sicherheitskräfte, Tötungen im Rahmen des öffentlichen Gesundheitswesens oder die Vollstreckung der Todesstrafe.¹⁰² Unerheblich sind in dem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln und die Zuordnung zu einer bestimmten Staatsfunktion.

Eine Tötungshandlung, die von einem Privaten gesetzt wird, kann eine dem Staat zurechenbare Verletzung des Art 2 darstellen, wenn die Tötungshandlung aufgrund eines Versäumnisses des Staates, geeignete Gesetze zu erlassen oder geeignete Präventionsmaßnahmen zu ergreifen, erfolgen konnte bzw begünstigt wurde. Selbst terroristische Angriffe können so, obwohl Angriffe durch „Private“, zu einer Zurechenbarkeit zu einem Staat führen, der keine ausreichenden Präventivmaßnahmen gesetzt hat.

⁹⁸ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 124.

⁹⁹ VfGH, Erk 10.12.1997, VfSlg. 15.046/1997, Um einer Grenzkontrolle zu entkommen flüchteten der Bf und weitere Personen in einen Wald nahe der Grenze. Mehrere Exekutivorgane nahmen die Verfolgung auf, wobei diese Schüsse abgaben. Der Bf erlitt einen Durchschuss des Bauches.

¹⁰⁰ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 26.

¹⁰¹ Auch wenn im weiteren Verlauf der Arbeit vor allem von Tötungshandlungen gesprochen werden wird, sind immer jegliche Eingriffsmöglichkeiten, also auch die Lebensgefährdung gemeint.

¹⁰² EGMR, U 8.7.2004, *Vo gg Frankreich*, Nr 53924/00, NJW 2005, 727ff.

III. C. 1. b. Absichtliche oder unabsichtliche Tötungshandlung

→ absichtliche Tötung - Die absichtliche Tötung eines Menschen ist in jedem Falle eine Verletzung des Art 2 Abs 1 zweiter Satz – „niemand darf absichtlich getötet werden,...“. Darunter fallen zB die Vollstreckung der Todesstrafe, die bereits die meisten Vertragsstaaten mit dem 13 ZPEMRK für ausnahmslos unzulässig erklärt haben, und die „gezielten Tötungen“. Mit der Absichtlichkeit ist zumindest jede Form des Vorsatzes iS des § 5 StGB erfasst.¹⁰³

→ unabsichtliche (unbeabsichtigte) Tötung - Wegen des unterschiedlichen historischen Ursprungs des ersten Satzes des Art 2 ist auch hier wiederum eine eingehendere und differenzierende Betrachtung notwendig. Wie in den vorangegangenen Kapiteln bereits dargestellt, wiesen die Vertreter der Regierungskonferenz 1950 speziell darauf hin, dass die Rechtfertigungsgründe lit a bis c nur auf absichtliche Tötungen anzuwenden seien. E contrario ergäbe sich daher, dass der erste Satz des Art 2 den Schutz des Rechts auf Leben gegen jegliche Art der Tötungshandlung festschreibt, wohingegen sich der Rest des Art 2 ausschließlich auf absichtlich Tötungen bezieht. Eine Begründung für eine derartige Auslegung könnte sein, dass die damaligen Regierungsvertreter ein grundsätzliches Tötungsverbot in den nationalen Rechtsordnungen initiieren und darüber hinaus das generelle, lediglich durch drei¹⁰⁴ Ausnahmen begrenzte Verbot der absichtlichen Tötung unterstreichen wollten. Freilich würde eine derartige Auslegung fahrlässige Tötungen vom Verbot des Art 2 - abgesehen von der positiven Schutzpflicht des Staates - völlig ausnehmen. Fraglich wäre in diesem Zusammenhang freilich, ob bei einer fahrlässigen Tötung, die einem Staat zurechenbar ist, nicht jedenfalls eine Verletzung der positiven Schutzpflicht und somit ein Verstoß gegen Art 2 vorläge.

Heute ist die Lehre in dieser Frage geteilter Meinung. Diejenigen, die nicht der historischen Interpretation folgen, argumentieren, dass sich unter den Rechtfertigungsgründen bzw Ausnahmen, einzig die – heute durch das 13 ZPEMRK für die meisten Vertragsstaaten zurückgenommene - Ausnahme der Todesstrafe eindeutig auf

¹⁰³ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 124.

¹⁰⁴ Art 2 Abs 2 nennt drei Ausnahmen (Rechtfertigungsgründe). Da auch die Vollziehung der Todesstrafe eine absichtliche Tötung darstellt, sieht Art 2 daher insgesamt vier Ausnahmen vor.

absichtliche Tötungen beschränke.¹⁰⁵ *Tretter*, ein Vertreter dieser Ansicht, erklärt, dass Abs 2 nur eine unbedingt erforderliche, selbst wenn als solche zur Tötung eines Menschen führende Gewaltanwendung durch ein Staatsorgan nicht als eine Konventionsverletzung einstufe, und zwar unabhängig von jeder Form des subjektiven Schuldelements. Demzufolge sei es iSd Art 2 – weil überschießend - unzulässig, wenn ein Staatsorgan in Verfolgung der Ziele der lit a bis c die Intention verfolgt, einen Menschen zu töten; die Tötung dürfe niemals Sinn und Zweck der Gewaltanwendung sein, da sie ein Verstoß gegen Art 2 Abs 1 wäre.¹⁰⁶ In diesem Sinn äußern sich auch *Erben / Szirba* für das österreichische Recht: „Zweck des Waffengebrauches gegen Menschen ist es, angriffs-, widerstands- oder fluchtunfähig zu machen. Die Absicht der Sicherheitsorgane darf daher niemals darauf gerichtet sein, mittels der Waffe Schmerzen zuzufügen oder gar einen Tötungserfolg herbeizuführen.“¹⁰⁷

*Villiger*¹⁰⁸ hingegen differenziert bezüglich der gezielten Tötungshandlungen zwischen den einzelnen Vorbehalten der lit a bis c. Eine gezielte Tötungshandlung gem Art 2 Abs 2 lit a sei zulässig, wenn zB die Tötung eines Angreifers das letzte und einzige Mittel zur Rettung lebender Geiseln darstellt, die selbst mit dem Tod bedroht werden. Bezüglich Art 2 Abs 2 lit b allerdings lehnt *Villiger* ebenso wie *Grabenwarter*¹⁰⁹ die Rechtfertigung einer absichtlichen Tötung ab. Er verweist dazu auf den Fall *Farrell* gg das Vereinigte Königreich¹¹⁰, in dem die EKMR zu dem Schluss kam, dass Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands der lit b lediglich eine ordnungsgemäße Festnahme sei, und dass dazu eben keine absichtliche Tötung erfolgen dürfe, weil diese mit der anvisierten Festnahme nicht vereinbar wäre, ja diese sogar verunmöglichen würde. IZm Art 2 Abs 2

¹⁰⁵ Vgl. u.a. *Frowein*, Art 2 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg), Europäische MenschenrechtsKonvention² (1996) 35.

¹⁰⁶ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 127.

¹⁰⁷ *Erben/Szirba*, Das Waffengebrauchsrecht in Österreich⁵ (1998) 50.

¹⁰⁸ *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (1993) 173.

¹⁰⁹ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 138.

¹¹⁰ EKMR, U 11.12.1982, Nr 9013/80, DR 30, 96, 23.10.1971 wurden der Ehemann der Bf und zwei andere Männer von vier britischen Soldaten (A, B, C und D) in Newry (Nordirland) getötet. Der Ehemann der Bf und seine zwei Komplizen waren im Begriff, zwei Männer auszurauben, die ihr Geld in dem Nachtsafe einer Bank hinterlegen wollten. Kurz davor bezogen vier britische Soldaten auf dem Dach eines zweistöckigen Gebäudes auf der gegenüberliegenden Seite der Bank Stellung und beobachteten von dort aus die Straße. Sie hatten uneingeschränkte Sicht auf die Bank. Einer der Dienst habenden Offiziere hatte die Information bekommen, dass ein terroristischer Anschlag für diese Nacht geplant sei, vermutetes Ziel die Bank. Er hatte den vier Soldaten befohlen, auf dem Dach Stellung zu beziehen. Der Ehemann der Bf und seine Komplizen wurden von den Soldaten bei dem Versuch wegzulaufen erschossen. Der Ehemann der Bf war zum Zeitpunkt seines Todes unbewaffnet. Der EGMR selbst wurde mit der Beschwerde nicht befasst, da sich die Parteien bereits davor gütlich einigten.

lit c verweist *Villiger* zur Begründung seiner Ansicht, dass auch lit c eine absichtliche Tötung nicht rechtfertige, auf den Fall *Stewart* gg das Vereinigte Königreich¹¹¹. Dort wies die EKMR die Beschwerde deswegen ab, weil es sich eben nicht um eine absichtliche, sondern um eine bloß unbeabsichtigte Tötung handelte. Daraus ist zu schließen, dass die EKMR im Falle einer absichtlichen Tötung die Beschwerde nicht abgewiesen hätte.

Ebenso vertritt *Frowein*¹¹² die Meinung, dass Art 2 Abs 2 sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Tötung umfasse. Er stimmt zwar zu, dass die Vollstreckung der Todesstrafe als einzige ausdrückliche Ausnahme von dem Verbot absichtlicher Tötungen genannt wird (Art 2 Abs 1 zweiter Satz), sodass nach der systematischen Interpretation die Ansicht vertreten werden könne, dass der Einleitungssatz zu Abs 2 nur unabsichtliche Tötungen erfasse. Dennoch kommt *Frowein* aufgrund der Formulierung des Art 2 Abs 2 „... nicht als Verletzungen dieses Artikels betrachtet ...“ („... not be regarded as inflicted in contravention of this article ...“ / „... pas considérée comme infligée en violation de cet article ...“) zu dem Schluss, dass auch absichtliche Tötungen von den Vorbehalten des Art 2 Abs 2 umfasst sein können, weil diese Vorbehalte den gesamten Art 2 und somit auch Abs 1 mit dem Verbot der absichtliche Tötung insgesamt erfassen.

In allen drei Fällen des Art 2 Abs 2 hält *Meyer-Ladewig*¹¹³ auch die absichtliche Tötung für zulässig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die historische Interpretation alleine hier wohl nicht zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt. Im Hinblick auf Konventionsgegenstand und Konventionszweck würde Art 2 Abs 2, wenn er sich nur auf absichtliche Tötungen bezöge, für die heutige Zeit zu eng ausgelegt. Die Folge wäre nämlich, dass unabsichtliche Tötungen ohne jede Ausnahme durch die nationalen Gesetzgeber verboten werden müssten, es für absichtliche Tötungen jedoch legale Rechtfertigungsgründe gäbe,

¹¹¹ EKMR, E 10.7.1984, Nr 10044/82, DR 39, 162 ff; im Oktober 1976 wurde der 13jährige Sohn der Bf während eines Auflaufs von ungefähr 150 Personen von einem Plastikgeschoss am Kopf getroffen und starb an dieser Verletzung. Abgefeuert wurde das Plastikgeschoss von einem britischen Soldaten, der auf die Beine eines der führenden Personen des Auflaufs zielte; in dem Moment, indem er feuerte, wurde er jedoch von einem Wurfgeschoss getroffen. Die Folge war, dass er sein Ziel verfehlte und den 13jährigen Sohn der Bf am Kopf traf. Die Kommission entschied, dass es sich bei einer Ansammlung von 150 Personen um einen Aufstand iSd Art 2 Abs 2 lit c handelte, und dass der Einsatz von Plastikgeschossen gerechtfertigt war.

¹¹² *Frowein*, Art 2 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg), Europäische MenschenRechtsKonvention² (1996) 34f, Rn 10.

¹¹³ *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006) 56ff.

dh der absichtlich Tötende wäre besser gestellt, als derjenige, der eine Tötung zwar nicht anstrebt, aber unabsichtlich tötet. Ebenso kann die gegenteilige Interpretation nicht befriedigen, nämlich dass von den Rechtfertigungsgründen nur unabsichtliche Tötungen erfasst wären; dies speziell im Hinblick auf Neuerungen im Bereich der Waffen und der Gefahrensituationen, in denen zB das Leben einer Geisel nur durch einen gezielten Todesschuss gerettet werden kann. Eine der dynamisch-evolutiven Auslegungsmethode entsprechende Interpretation muss also so aussehen, dass Abs 2 weder absichtliche noch unabsichtliche Tötungen von einer möglichen Rechtfertigung ausschließt (siehe *Frowein* und *Meyer-Ladewig*). Entscheidend ist aber, ob die konkrete zur Tötung führende Gewaltanwendung das Maß einer „unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung“ (siehe *Tretter*) im konkreten Fall überschritten hat oder nicht, und ob die Tötungshandlung mit der Zielsetzung (vgl. lit b erster Halbsatz) des jeweiligen Vorbehalts kompatibel (siehe *Villinger*) ist oder nicht. Dabei ergibt sich das Maß der „unbedingten Erforderlichkeit“ der Gewaltanwendung wiederum auch aus der Zielsetzung des jeweils in Betracht kommenden Vorbehalts (arg „unbedingt erforderliche Gewaltanwendung, um ...“).¹¹⁴

III. C. 2. Grenzen des Tötungsverbots

III. C. 2. a. Art 2 Abs 1 zweiter Satz EMRK Vollstreckung eines Todesurteils

„...außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.“

Im Vergleich zu anderen auch das „Leben“ schützenden Artikeln wie zB Art 6 IPBPR ist diese Ausnahme vom Tötungsverbot des Art 2 Abs 1 zweiter Satz sehr allgemein formuliert. Einerseits darf gem des strafrechtlichen Grundsatzes „nulla poena sine lege“ ein Todesurteil zwar nur wegen eines Verbrechens vollstreckt werden, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist. Andererseits beinhaltet Art 2 Abs 1 aber keinerlei Einschränkung bezüglich der Schwere der Delikte, für die die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen und ein Todesurteil überhaupt verhängt werden darf. Ebenso sieht er keine Vollstreckungsverbote (z.B. im Fall von Jugendlichen) vor. Darüber hinaus bestimmt Art 2 Abs 1 zweiter Satz selbst für sich allein explizit noch keine Garantien für das zu einem

¹¹⁴ Siehe dazu auch Kap III. C. 2 b.

Todesurteil führende Gerichtsverfahren und keine spezifischen Rechte der Angeklagten bzw Verurteilten.¹¹⁵ Die gerechtfertigte Vollstreckung eines Todesurteils ist lediglich an mehrere formale Voraussetzungen geknüpft: Das Todesurteil muss durch ein „Gericht“ verhängt worden sein. Bei einem „Gericht“ handelt es sich in diesem Fall um ein Justizorgan, das den Ansprüchen des Art 6 Abs 1 EMRK entspricht. Dh es muss sich um ein auf Gesetz beruhendes, unabhängiges und unparteiisches Gericht handeln. Weiters ist davon auszugehen, dass auch die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Garantien des Art 6 EMRK eingehalten werden müssen.¹¹⁶ Der EGMR spricht sogar davon, dass die Verhängung der Todesstrafe über eine Person, die kein faires Verfahren hatte, bereits nach Art 2 unzulässig ist.¹¹⁷

Ergänzt wird Art 2 iZm der Todesstrafe durch das 6 und das 13 ZPEMRK.¹¹⁸ Das 6 ZPEMRK, welches die Todesstrafe in Friedenszeiten abschafft, ist mit Stichtag 01.01.2010 bereits von 46 Vertragsstaaten unterzeichnet und von 45 Vertragsstaaten ratifiziert worden, darunter alle Mitgliedstaaten der EU. Für alle diese Ratifikationsstaaten gilt heute, dass die Todesstrafe nur noch in Kriegszeiten verhängt und vollstreckt werden darf, und zwar auch nur, wenn es das Gesetz so vorsieht. Das 13 ZPEMRK, die Abschaffung der Todesstrafe unter jeglichen Umständen, ist mit Stichtag vom 28.06.2010 von 45 Vertragsstaaten unterzeichnet und von 42 Vertragsstaaten auch ratifiziert worden.¹¹⁹ Vorbehalte oder Einschränkungen nach Art 15 EMRK zu dem 13 ZPEMRK sind unzulässig. Derzeit bestehen daher drei Typen von Vertragsstaaten: i) die, die weder 6 noch 13 ZPEMRK ratifiziert haben, dürfen die Todesstrafe unter den Bedingungen des Art 2 Abs 1 S 2 uneingeschränkt verhängen und vollstrecken; ii) die, die nur 6 ZPEMRK ratifiziert haben, dürfen sie in Kriegszeiten behalten und iii) jene, die 13 ZPEMRK ratifiziert haben, denen die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe ausnahmslos verwehrt sind.

Für jene Staaten, die sowohl das 6 als auch das 13 ZPEMRK ratifiziert haben, ist der Ausnahmetatbestand der Vollstreckung der Todesstrafe trotzdem nicht ganz irrelevant;

¹¹⁵ Vgl EGMR, U 12.3.2003, *Öcalan* gg Türkei, Nr 46221.

¹¹⁶ *Frowein*, Art 2 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg) Europäische MenschenRechtsKonvention² (1996) 33, Rn 8.

¹¹⁷ EGMR, U 12.3.2003, *Öcalan* gg Türkei, Nr 46221.

¹¹⁸ Siehe Kap III.

¹¹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSlg.asp?NT=187&CM=&DF=&CL=ENG> (28.6.2010).

gerade iZm der Bekämpfung des Terrorismus kann es durchaus zu Situationen kommen, in denen ein Staat darüber entscheiden muss, verdächtige Terroristen auszuliefern. Eine solche Auslieferung kann nämlich zu einer Verletzung des Art 2 Abs 1 S 2 führen, wenn für den Auszuliefernden in dem Empfangsstaat die reale Gefahr der Todesstrafe und der Hinrichtung besteht.¹²⁰

III. C. 2. b. Rechtfertigung einer anderen Tötungshandlung

Nach dem Wortlaut des Einleitungssatzes zu Art 2 Abs 2 - „...wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet...“ - handelt es sich bei den Ausnahmetatbeständen des Art 2 Abs 2 nicht um eine Rechtfertigung an sich gesetzwidriger Handlungen, sondern um die Rechtmäßigkeit eines bestimmten Verhaltens. In der Literatur wird jedoch zumeist von „Rechtfertigung“ gesprochen. Für die vorliegende Arbeit wird der Einfachheit halber die in der Literatur gebräuchliche Terminologie übernommen, sodass Art 2 diesbezüglich unter dem Gesichtspunkt einer „Rechtfertigung“ behandelt wird.

Die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art 2 ist taxativ, dh ein über diese hinausgehender Eingriff in das Recht auf Leben ist unter keinen Umständen gerechtfertigt; davon wiederum ausgenommen können einzig rechtmäßige Kriegshandlungen¹²¹ sein. Damit ein Eingriff in das Recht auf Leben nach Abs 2 lit a bis c überhaupt gerechtfertigt sein kann, muss die klare Intention des Eingriffs zumindest primär das Erreichen eines der in lit a bis c beschriebenen Ziele sein.

III. C. 2. b. 1. Rechtfertigungsgründe nach Art 2 Abs 2 EMRK im Allgemeinen

*„(2)Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine **Gewaltanwendung** verursacht wird, die **unbedingt erforderlich** ist, um...“*

Hauptkriterium für die Rechtfertigung aller in Abs 2 normierten Eingriffs- bzw Ausnahmetatbestände ist, dass eine „unbedingte Erforderlichkeit“ der konkreten Gewaltanwendung besteht.¹²² Unter Gewaltanwendung wird der Einsatz physischer

¹²⁰ MRA, E 20.10.2003, *Judge* gg Canada, Communication Nr 829/1998.

¹²¹ Siehe Kap III. D.

¹²² EGMR, Ü 20.5.1999, *Ogur* gg Türkei, Nr 21554/93.

körperlicher Gewalt, der Gebrauch von Schusswaffen, der Gebrauch chemischer oder biologischer Substanzen und dergleichen verstanden. Damit eine Gewaltanwendung unter Art 2 subsumiert werden kann, muss sie zumindest eine „typische Lebensgefährdung“¹²³ hervorrufen.¹²⁴ Täte sie es nicht, wäre die Gewaltanwendung bzw der mit ihr verbundene Eingriff nicht unter Art 2, sondern unter Art 3 EMRK zu subsumieren, da es sich in einem derartigen Fall „nur“ um einen Eingriff in die persönliche Integrität handelte. Der Gebrauch von Schusswaffen beispielsweise wird immer als lebensgefährdend eingestuft.¹²⁵

Das Verfahren zur Prüfung der „unbedingten Erforderlichkeit“ ist die sog Verhältnismäßigkeitsprüfung oder Prüfung der Erforderlichkeit.¹²⁶ Zentraler Punkt der Prüfung ist, ob der Eingriff der Verhältnismäßigkeit entsprach, dh ob sich der Eingriff im Hinblick auf das legitime Ziel des Eingriffs unter Beachtung des mit dem Eingriff verbundenen Schadens einschließlich der zu erwartenden Nebenfolgen in einem Abwägungsprozess sowohl empirisch als auch normativ als vorteilhaft erwiesen hat. Teilaspekte der Verhältnismäßigkeit sind die „Geeignetheit“ und die „Erforderlichkeit“. Der Einsatz der angewendeten Gewalt muss die allerletzte effektive Möglichkeit darstellen, um das angestrebte Ziel des jeweils in Anspruch genommenen Ausnahmetatbestands des Art 2 Abs 2 zu erreichen; es muss davon auszugehen sein, dass der Einsatz gelinderer Gewalt die Erreichung des in der konkreten Situation verfolgten Zieles aus lit a bis c wahrscheinlich nicht ermöglichen würde - um nicht falsch verstanden zu werden, es geht an dieser Stelle um „Gewalt“, die „unbedingt erforderlich“ ist, und nicht um eine unbedingt erforderliche Tötung oder Lebensgefährdung an sich.

*Merkel*¹²⁷ übt iZm der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einer Verletzung des Rechts auf Leben eine bemerkenswerte Grundsatzkritik, nämlich dass es keine einzige Form der legitimen Tötung gäbe, die ihre Rechtfertigung aus der Verhältnismäßigkeit bezöge. Er

¹²³ Vgl etwa *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I³ (1998), 98f, zur Adäquanz: eine Tötung darf nicht „außerhalb jeder gewöhnlichen Lebenserfahrung“ liegen.

¹²⁴ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 127.

¹²⁵ RV 497 BlgNR 11. GP 5; VfGH, Erk 10.12.1997, VfSlg. 15.046/1997.

¹²⁶ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 44.

¹²⁷ *Merkel*, § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, in: *Graulich* (Hrsg) Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit (2007) 181.

begründet dies damit, dass die Gewährleistung des Schutzes von Leib und Leben der Rechtsunterworfenen die Legitimation der staatlichen Zwangsgewalt darstellt.¹²⁸ Die Rechtsunterworfenen seien folglich, wie nach den Lehren von *Hobbes* nur insoweit gezwungen, sich den Normen des Staates zu unterwerfen, als der Staat den Bürgern auch Schutz gewährt.¹²⁹ Wäre nun die Verhältnismäßigkeit eine Voraussetzung für die Legitimation eines Menschenrechtseingriffs, so wäre ein Nachweis eines rationalen Zweck-Mittel-Folgen-Kalküls, also eines vernünftig begründeten Vorteils notwendig. „Vernünftig“ ist hier objektiv zu verstehen, dh gegenüber jedermann begründbar, auch gegenüber dem Eingriffsadressaten. Bei einem Eingriff in das Leben würde sich aber niemals ein Vorteil für den gegen seinen Willen Getöteten ergeben. Ferner führt *Merkel* in seiner Argumentation aus, dass bei Annahme einer „legitimen“ Tötung bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Leben des Angreifers¹³⁰ als weniger Wert eingestuft werde, als das Leben des Angegriffenen. Vor dem Hintergrund der allgemein anerkannten Erkenntnisse über den „Wert“ des menschlichen Lebens wäre dies jedoch im höchsten Maße zu verurteilen, ist doch der Gedanke der Menschenwürde, welche jedem Menschen zukomme, egal welchen Status, Grundlage der Menschenrechte.¹³¹ Im Falle einer Verletzung des Rechts auf Leben sei es daher unangebracht, bei der Frage der Legitimation des Eingriffs die Verhältnismäßigkeit als Voraussetzung anzuführen. Trotzdem könne eine Tötung legitim sein: die Lösung befände sich in der rechtlichen Zurechnung der Tötung. Normativ betrachtet ist der Angreifer für sein rechtswidriges Handeln und damit auch für dessen Folgen verantwortlich; diese werden ihm so zugerechnet, als hätte er sie selbst ausgeführt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich der Angreifer mit der für ihn tödlichen Verteidigung

¹²⁸ AA *Denninger*, Freiheit durch Sicherheit?, in: *Arnim/Deile/Hutter/Kurtenbach/Tessmer* (Hrsg) Jahrbuch Menschenrechte 2003(2002) 47.

¹²⁹ *Thomas Hobbes* (1588 – 1679) ersann in seiner Staatsphilosophie mit der Figur des Leviathan einen neuzeitlichen Staat, in welchem jedem Menschen das Recht zur Selbsterhaltung zustünde. Hobbes sieht darin die menschliche Freiheit, die er als unbeschränkte Willkürfreiheit versteht. Jedoch aufgrund der großen Gefahren des Naturzustandes verzichtet der Mensch auf sein Selbsterhaltungsrecht und die damit verbundenen Naturrechte und überträgt sie dem Staat. Die Gegenleistung dafür war der vom Staat gewährleistete Schutz nach innen und außen. Ist jedoch auch der Staat nicht in der Lage, den Menschen zu schützen, so kann das natürliche Selbsterhaltungsrecht des Menschen durch keinen Vertrag aufgehoben werden. Diese Staatsphilosophie machte Hobbes - wenn auch ungewollt - zu einem Vorreiter auf dem Gebiet der Menschenrechte.

Renaissance, Reformation und Humanismus entwickelten den Gedanken eines Rechts weiter, das jedem Menschen gleichermaßen zusteht. Gefördert wurde die Idee der Menschenrechte zu dieser Zeit vor allem durch die Philosophen John Locke, Jean-Jacques Rousseau und Immanuel Kant.

¹³⁰ Es wird an dieser Stelle nur die Tötung in Notwehr herangezogen, da es in ihrem Falle, um die Verteidigung des höchsten Rechtsgutes, nämlich Leben gehen kann. Freilich ist die Argumentation aber auch auf alle weiteren Ausnahmetatbestände des Art 2 anzuwenden.

¹³¹ Siehe Kap VI. A. 6.

selber umbringe; er begehe einen Suizid in mittelbarer Täterschaft.¹³² Damit ändere sich nichts an dem rechtlichen Wert des Lebens des Angreifers. Auch wenn den rechtlichen Ausführungen *Merkels* gefolgt würde, ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung – wenn auch begrifflich vielleicht ein wenig unglücklich ausgedrückt – mit ihren Teilaspekten der „Geeignetheit“ und der „Erforderlichkeit“ der Gewaltanwendung auch bei einer Verletzung des Art 2 notwendig und sinnvoll, da es ja doch, und dies vor allem zugunsten des Angreifers, zu einer Beurteilung der Verteidigungshandlung kommen muss, auch wenn diese dem Angreifer zugerechnet würde. Im weiteren Verlauf wird hier die vom EGMR verwendete Terminologie, also „Verhältnismäßigkeit“, weiterhin verwendet wird.

Der EGMR ist in seiner Rsp bezüglich der Verhältnismäßigkeitsprüfung sehr genau und legt die „unbedingte Erforderlichkeit“ sehr eng aus. In seiner Entscheidung im Fall *McCann ua gg das Vereinigte Königreich*¹³³ hebt der EGMR besonders den bei der Prüfung der Erforderlichkeit anzuwendenden strengen Maßstab hervor. Er begründet dies damit, dass die Verwendung des Begriffs „unbedingt erforderlich“ in Art 2 Abs 2 eine strengere und eine auf stärker zwingende Gründe abstellende Prüfung verlangt als bei der Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes staatliches Handeln gem Art 8 bis 11, jeweils Abs 2, EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist oder nicht“. Prinzipiell muss die durch die Gewaltanwendung hervorgerufene Lebensgefährdung zumindest proportional zur Erreichung des im konkreten Fall beabsichtigten, in lit a bis c beschriebenen Zieles stehen; Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist zB das Gebot, den Gebrauch einer Schusswaffe zunächst bloß anzudrohen oder einen Warnschuss abzugeben.¹³⁴ Die Androhung und der Warnschuss können den Angreifer ja gegebenenfalls von seinem rechtswidrigen Verhalten abbringen.

Bei der Prüfung der Rechtfertigung des Herbeiführens einer lebensgefährdenden Situation ist von der ex-ante Sicht der zur Erreichung eines der Ziele aus lit a bis c eingreifenden Person auszugehen. Erscheint eine lebensgefährdende Gewaltanwendung aus der ex-ante Sicht als gerechtfertigt, stellt sich jedoch im Nachhinein aufgrund neuer Erkenntnisse heraus, dass die ex-ante Einschätzung der Situation trotz gründlicher Prüfung falsch war,

¹³² Das es sich in logischer Konsequenz dann um gar keine Eingriffe in das Recht auf Leben handelt, also Art 2 Abs 2 lit a bis c gar keine Ausnahmetatbestände darstellen, wird hier nicht weiter diskutiert.

¹³³ EGMR, U 27.9.1995, *McCann u.a. gg das Vereinigte Königreich*, Nr 18984/91, siehe Kap V. A. 1. a.

¹³⁴ EGMR, U 20.5.1999, *Ogur gg Türkei*, Nr 21554/93.

so wird diese lebensgefährdende Gewaltanwendung dadurch nicht unzulässig.¹³⁵ Andernfalls würde laut EGMR dem Staat und seinen Vollzugsorganen bei der Ausübung ihrer Pflicht eine unrealistische Pflicht aufgebürdet.¹³⁶

III. C. 2. b. 1. i. Tötung zur Verteidigung eines Menschen

„lit a. ...jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;“

Mit diesem Ausnahmetatbestand sind die Konstellationen staatlicher Notwehr und Nothilfe umfasst. Mit dem Wort „jemanden“ wird nicht nur die sich selbst gegen rechtswidrige Gewalt verteidigende Person, sondern auch ein von dieser verschiedener Dritter erfasst. Die uU erreichte „doppelte“ gesetzliche Regelung von Notwehr und Nothilfe, nämlich sowohl in den nationalen Rechtsordnungen als auch in der EMRK, ist ein Resultat der geschichtlichen Rechtsentwicklung. Die Rechtmäßigkeit von Notwehr und Nothilfe war in den nationalen Rechtsordnungen schon lange vor der EMRK anerkannt. Der Ausnahmetatbestand der lit a ist jedoch dennoch unabhängig von nationalgesetzlichen Handlungen zu sehen.¹³⁷ Während sich die Ausnahmeregelungen der lit b und c schon ihrer Zielsetzung nach ausschließlich auf Handlungen von Staatsorganen beziehen, kann die in lit a erwähnte Tötung eines rechtswidrig Angreifenden zur Verteidigung einer Person auch die Handlungen eines Privaten sein.¹³⁸

Die verteidigende Verursachung einer lebensgefährdenden Situation und die verteidigende Tötungshandlung müssen sich gegen eine „rechtswidrige Gewaltanwendung“ des Angreifers richten. Ohne dass die „rechtswidrige Gewaltanwendung“ ausdrücklich definiert ist, lassen sich im Hinblick auf die „Erforderlichkeit“ der verteidigenden Gewaltanwendung Voraussetzungen dafür ableiten: Es muss sich um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden, ernstzunehmenden, schweren und rechtswidrigen Angriff auf ein hochwertiges Rechtsgut handeln, auf sog notwehrfähige Rechtsgüter. Fraglich ist dabei, inwieweit auch Vermögen in den Kreis der notwehrfähigen Güter miteinbezogen wird. Grundsätzlich ist nach Art 2 Abs 2 lit a

¹³⁵ EGMR, U 27.9.1995, *McCann u.a.* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91; EGMR, U 9.10.1997, *Andronicou und Constantinou* gg Zypern, Nr 25052/94, siehe Kap V. A. 3. b.

¹³⁶ EGMR, U 9.10.1997, *Andronicou und Constantinou* gg Zypern, Nr 25052/94, siehe Kap V. A. 3. b.

¹³⁷ Vgl oben Kapitel III. C

¹³⁸ Ein weiterer Hinweis darauf, dass Art 2 Abs 1 auch Tötungshandlungen Privater erfassen muss.

Notwehr bzw Nothilfe nur zur Verteidigung von „jemandem“, also eines Menschen per se zulässig.¹³⁹ So schränkt auch das österreichische Waffengebrauchsgesetz den lebensgefährdenden Waffengebrauch auf Fälle gerechter Notwehr zur Verteidigung eines Menschen (§ 7 WaffGG) ein. Dies führt im österreichischen Recht freilich insofern zu einer Anomalie, als damit einem privaten Verteidiger gegen ungerechtfertigte Gewalt mehr Mittel zur Verfügung stehen als der Exekutive.¹⁴⁰

Die Rechtswidrigkeit einer Gewaltanwendung ist gem EMRK nach nationalem Recht zu beurteilen.¹⁴¹ Da es sich um einen Angriff auf einen „Menschen“ („jemanden“) handeln muss, wird die Rechtswidrigkeit der Gewalt idR im jeweiligen nationalen Strafrecht geregelt sein. Folglich stellt jede verteidigende Gewaltanwendung gem Art 2 Abs 2 lit a idR auch immer eine Verhinderung zumindest der Vollendung einer Straftat dar.

Ein weiteres Kriterium laut EGMR ist die „aufrichtige Überzeugung“.¹⁴² Eine Gewaltanwendung durch Organe des Staates ist nach lit a demnach nur gerechtfertigt, wenn sie auf einer solchen beruht. Diese „Überzeugung“ muss sich darauf beziehen, dass eine ungerechtfertigte unmittelbare Lebensbedrohung gegen jemanden vorliegt und dass die verteidigende Schaffung einer Lebensgefährdung für den Angreifer bzw dessen Tötung, zB der gezielte Todesschuss, das einzige Mittel ist, um jemand anderen (das Leben eines anderen) zu retten. Ob eine Lebensgefährdung des Angegriffenen tatsächlich besteht / bestand und ob die Tötung des Angreifers tatsächlich das einzige Mittel ist / war, muss an Hand des Verhältnismäßigkeitsprinzips in einer einzelfallbezogenen Gesamtprüfung beurteilt werden, und zwar aus einer ex-ante Sicht.¹⁴³

¹³⁹ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 135; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht allgemeiner Teil I³ (1998) 158; .

¹⁴⁰ *Erben/Szirba*, Das neue österreichische Waffengebrauchsgesetz⁵ (1998) 55f; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I³ (1998) 158.

¹⁴¹ Deswegen handelt es sich freilich noch nicht um einen Gesetzesvorbehalt (Vgl oben Kapitel III. C)

¹⁴² EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, „honest believe which is perceived for good reasons, to be well at the time...“, siehe Kap V. A. 1. a.

¹⁴³ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, „To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the state and it's law enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to detriment of their lives and those of others.“; siehe Kap V. A. 1. a.

III. C. 2. b. 1. ii. Tötung im Zuge einer Festnahme oder Verhinderung des Entkommens

*„lit b.... jemanden **rechtmäßig festzunehmen** oder jemanden, dem die **Freiheit rechtmäßig entzogen** ist, an der **Flucht zu hindern**“*

Der Vorbehalt des Art 2 Abs 2 lit b regelt zwei Fälle, die prinzipiell alle rechtmäßigen freiheitsentziehenden Maßnahmen umfassen, nämlich sowohl die Erzwingung als auch die Aufrechterhaltung des rechtmäßigen Freiheitsentzugs. Die „Festnahme“ („arrest“/arrestation“) und die Verhinderung der Flucht bezeichnen zeitlich zu unterscheidende Phasen einer Handlungsabfolge. Grundsätzlich geht es freilich immer um die gewaltmäßige Durchsetzung eines Freiheitsentzugs, ein Mal um die Herstellung des Freiheitsentzugs, das andere Mal um die Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs. Sowohl die Herstellung als auch die Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs müssen „rechtmäßig“ sein. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist auf die jeweilige nationale Rechtsordnung zu rekurrieren, die sich ihrerseits im Rahmen des Art 5 EMRK zu halten hat.¹⁴⁴ Bei der Prüfung des Art 2 Abs 2 lit b ist somit festzustellen, ob die „gewollte“ Festnahme auch den Ansprüchen des Art 5 EMRK als dem äußersten Rahmen für die nationale Rechtsordnung entspricht oder nicht. Art 5 EMRK enthält eine abschließende Auflistung der Fälle, in denen eine Festnahme und/oder Inhaftierung zulässig ist bzw unter welchen Bedingungen sie erfolgen dürfen. So gilt nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK, dass einem Menschen die Freiheit entzogen werden darf, „wenn er rechtmäßig („ordnungsgemäß“) festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zweck seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat...“. Gerade im Hinblick auf die Durchführung von Festnahmen in einem terroristischen Zusammenhang kam es in der Vergangenheit immer wieder zu Auseinandersetzungen, ob der „hinreichende Tatverdacht“ bei sog „conventional crimes“ anders (enger) auszulegen sei als bei „terrorist crimes“ oder nicht. Im Hinblick darauf, dass Art 2 Abs 2 lit b seinem Wortlaut nach nur dann anzuwenden ist, wenn es sich um eine „rechtmäßige“ Festnahme bzw einen „rechtmäßigen“ Freiheitsentzug handelt, und wegen der möglichen mittelbaren

¹⁴⁴ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 136; *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2002), Rn 53, wie *Kopetzki* festhält kann es dabei zu Konflikten zwischen den Anordnungen des nationalen Rechts und Art 5 kommen, wenn das nationale Recht Festnahmen zulässt bzw anordnet in Fällen die durch Art 5 Abs 1 lit a - f nicht erfasst sind.

Auswirkungen einer Unterscheidung zwischen „conventional crimes“ und „terrorist crimes“ auf die „Rechtmäßigkeit“ einer Festnahme bzw eines Freiheitsentzugs, soll kurz auf den „hinreichenden Tatverdacht“ eingegangen werden:

Nach der Rsp des EGMR ist das Erfordernis des „hinreichenden Tatverdachts“ ein wesentlicher Teil des Kerngehalts des Art 5 EMRK, nämlich des Schutzes vor einer willkürlichen Festnahme und/oder Haft. Hinsichtlich der Kriterien, nach denen das Vorliegen eines „hinreichenden Tatverdachts“ beurteilt werden soll, stellte der EGMR fest, dass dafür „Tatsachen oder Informationen“ vorliegen müssen, die „...einen objektiven Beobachter überzeugen würden, dass die betreffende Person die Straftat begangen haben könnte“.¹⁴⁵ Hinsichtlich der „Tatsachen und Informationen“ wird weiters ausgeführt, dass diese einerseits konkret, spezifisch und ausreichend sein, also über vage Vermutungen oder bloße Gerüchte hinausgehen müssen, andererseits an sie aber auch nicht der Anspruch einer Schuldspruchbegründung gestellt wird. Darüber hinaus betont der EGMR die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls. Trotz bzw gerade wegen der Hervorhebung dieser Umstände kann davon ausgegangen werden, dass dem EGMR die grundsätzliche Kategorisierung in „conventional crimes“ und „terrorist crimes“ fremd ist. Laut *Demko*¹⁴⁶ hat der EGMR in seiner Rsp aber dennoch für die Plausibilität und für den Nachweis des „hinreichenden Tatverdachts“ je nach Deliktskategorie unterschiedliche Maßstäbe entwickelt. In ihrer Argumentation zieht *Demko* die EGMR Rsp im Fall *Murray* gg das Vereinigte Königreich¹⁴⁷ heran, dass im Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Terrorismusdelikten die Plausibilität des Tatverdachts nicht nach denselben Maßstäben beurteilt werden könne, wie bei gewöhnlicher Kriminalität, wobei der Kerngehalt des Art 5 Abs 1 lit c EMRK freilich dennoch nicht beeinträchtigt werden dürfe. Dies erklärt *Demko* mit der Hervorhebung des Erfordernisses einer effektiven gerichtlichen Kontrolle und Nachprüfung. Lasse sich aus dem Kerngehalt des Art 5 EMRK nicht die Notwendigkeit der Preisgabe sämtlicher Tatsachen und Informationen¹⁴⁸ herauslesen, so können aus der zu verwirklichenden effektiven gerichtlichen Kontrolle Eingrenzungen in zeitlicher und

¹⁴⁵ EGMR, U 30.8.1990, *Fox, Campbell u. Hartley* gg das Vereinigte Königreich, 18/1989/178/234-236, Serie A 182.

¹⁴⁶ *Demko*, Der hinreichende Tatverdacht nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“, HRRS März 2004/3, 95 ff.

¹⁴⁷ EGMR, U 28.9.1995, *Murray* gg das Vereinigte Königreich, 41/1994/488/570.

¹⁴⁸ Gemeint sind hier Fälle in denen Informationen aus „geheimen Quellen“ zu einer Festnahme führten, ohne diese aber genau zu untersuchen bzw sie preiszugeben.

qualitativer/quantitativer Hinsicht im Sinne von minimalen und maximalen Eckpunkten abgeleitet werden. „Spätestens im Verfahren vor dem EGMR“ müssen „Tatsachen und Informationen zumindest in einer solchen Qualität und Quantität vorgelegt werden..., die in ihrem Zusammenspiel die Überzeugung des EGMR vom Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu begründen geeignet sind“. ¹⁴⁹ Das Vorliegen eines „hinreichenden Tatverdachts“ ist daher letztlich wieder von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängig. Der EGMR weist überdies hinsichtlich der Verfolgung von Terrorismusdelikten darauf hin, dass die mit dem Terrorismus verbundenen Risiken einer Lebensbedrohung und die Notwendigkeit einer von äußerster Dringlichkeit gekennzeichneten Informationsgewinnung aus teilweise geheimen Quellen den Umgang mit „terrorist crimes“ zusätzlich erschweren. Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass der Kerngehalt des Art 5 EMRK, nämlich der Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug, Leitmaßstab für die Definition des „hinreichenden Tatverdachts“ ist, und dies unabhängig von der Art des verfolgten Delikts. Die Besonderheiten der Bekämpfung und Verfolgung von Terrorismusdelikten müssen freilich als Teil der Umstände des Einzelfalles Beachtung finden, wenn der EGMR daran festhält ¹⁵⁰ - und er tut dies - dass seine ständige Rsp zur Berücksichtigung aller Spezifika des jeweiligen Einzelfalles auch dann gelte, wenn dem Betroffenen eine terroristische Betätigung vorgeworfen wird. Die besonderen Schwierigkeiten der Verfolgung von Terrorismusdelikten haben generell keine Auswirkungen, sondern nur wenn sie sich aus dem konkreten Einzelfall ergeben.

Kommt es im Zuge einer Festnahme zu einer Gewaltanwendung, dann erzwingt das Erfordernis von dessen Verhältnismäßigkeit jedenfalls, dass eine lebensgefährdende Gewaltanwendung zur Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eines Freiheitsentzuges nicht iZm einem Freiheitsentzug aus relativ unbedeutenden Gründen zulässig ist; nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine gewisse Schwere der zugrunde liegenden Straftat oder der Gefährdung von öffentlichen Interessen erforderlich. ¹⁵¹ Die vom OGH in dessen Entscheidung 15 OS 71/07s ¹⁵² für zulässig erachtete Freiheitsbeschränkung von Schwarzfahrern durch einen Kontrollor eines öffentlichen Verkehrsbetriebs zur Feststellung der Identität der Schwarzfahrer ist sicher nicht ein Freiheitsentzug, zu dessen

¹⁴⁹ *Demko*, Der hinreichende Tatverdacht nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“, HRRS März 2004 /3, 99.

¹⁵⁰ EGMR, U 8.1.2004, *Colak u. Filizer* gg Türkei, Nr 32578/96.

¹⁵¹ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht ¹⁰ (2002), Rn 53.

¹⁵² OGH 6.9.2007, 15 OS 71/07s.

Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eine lebensgefährdende Gewalt angewendet werden darf. In Analogie zu Art 5 EMRK wird man wohl annehmen können, dass der Vorbehalt des Art 2 Abs 2 lit b nur im Falle eines Freiheitsentzuges iZm einer zumindest gerichtlich strafbaren Handlung oder der Widersetzung gegen eine gerichtliche Anordnung zur Anwendung kommt. Ist den staatlichen Organen bekannt, dass der sich dem Freiheitsentzug Widersetzende keine Gewalttat begangen hat, unbewaffnet ist und auch sonst keine Gefahr für Leib und Leben anderer darstellt, ist eine lebensgefährdende Gewaltanwendung, selbst bei einer hohen Wahrscheinlichkeit, dass er ohne eine solche entkommt, nicht gerechtfertigt.¹⁵³

Der Vorbehalt des Art 2 Abs 2 lit b verlangt ferner, dass sich die festzunehmende oder festgenommene Person tatsächlich der Festnahme bzw der Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs entzieht; die bloße Gefahr eines Fluchtversuchs ist keinesfalls ausreichend. Wegen des strengen Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Intention des zu erreichenden Zieles (Festnahme und Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs) ist davon auszugehen, dass jegliche beabsichtigte Tötung durch den Vorbehalt des Art 2 Abs 2 lit b erster Halbsatz nicht gerechtfertigt wird. Durch eine absichtliche Tötung kann das Ziel der Herstellung oder Aufrechterhaltung eines Freiheitsentzugs keinesfalls erreicht werden. Nicht zu vergessen ist dabei auch, dass zum Zeitpunkt der Festnahme ohne vorherige rechtmäßige Entziehung der Freiheit zumeist noch ein hoher Grad der Unschuldsvermutung zugunsten des sich dem Freiheitsentzug Widersetzenden besteht. Anderes wird für den Ausnahmetatbestand Art 2 Abs 2 lit b zweiter Halbsatz gelten. Der Unterschied besteht darin, dass in letzterem Fall der „Getötete“ in den meisten Fällen bereits einer strafbaren Handlung dringend verdächtigt und daher mit einem Freiheitsentzug sanktioniert wurde.

Bei der Frage der Art der Gewaltanwendung iZm dem Vorbehalt Art 2 Abs 2 lit b ist davon auszugehen, dass es sich vor allem wohl um den Schusswaffengebrauch handeln wird.¹⁵⁴

¹⁵³ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006) 58.

¹⁵⁴ Frowein sieht in Art 2 Abs 2 lit b prinzipiell die konventionsrechtliche Grundlage für den Gebrauch einer Schusswaffe zur Festnahme oder der Verhinderung einer Flucht.

III. C. 2. b. 1. iii. Tötung zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes

„lit c ...einen **Aufuhr** oder **Aufstand rechtmäßig niederschlagen**“

Die Formulierung des Vorbehalts des Art 2 Abs 2 lit c bringt Schwierigkeiten mit sich. Insbesondere werden die Begriffe „Aufruhr“ („riot“/„émeute“) und „Aufstand“ („insurrection“/„insurrection“) aufgrund ihrer politischen Dimension nicht in jeder Rechtsordnung der Vertragsstaaten verwendet. Selbst dort, wo diese Begriffe in den nationalen Rechtsordnungen verwendet werden, gibt es keine allgemeinen Definitionen für sie. Dadurch entfällt die Basis für eine „klassische“ systematische Interpretation¹⁵⁵ als Auslegungsmethode. Auch das Mittel der historischen Interpretation ist nicht zielführend, da weder Entstehungsgeschichte noch Materialien der EMRK weiteren Aufschluss über die Begriffsdefinitionen von „Aufruhr“ und „Aufstand“ bringen. Es ist somit die autonome Interpretation¹⁵⁶ anzuwenden, wobei ein von dem „gesamteuropäischen Standard getragener Begriffsinhalt zu ermitteln“ ist.¹⁵⁷

Demnach wird mit dem Begriff „Aufruhr“ eine Situation bezeichnet, in der von einer Menschenmenge Gewalttaten in größerem Umfang begangen werden oder drohen begangen zu werden.¹⁵⁸ Allerdings ist nicht jede Art der Zusammenrottung, wie zB unbewilligte Demonstrationen oder Streiks, selbst bei Störungen der öffentlichen Ruhe, Ordnung oder Sicherheit gleichzusetzen mit dem „Aufruhr“ des Art 2.¹⁵⁹ Laut der EKMR

¹⁵⁵ Diese Form der Interpretation ist auf die EMRK angewendet eine der schwierigsten. Die Problematik besteht darin, dass die Konvention im Lichte nicht nur einer Rechtsordnung, sondern der Rechtsordnungen aller Vertragsstaaten zu sehen ist. Einerseits unterliegen diese wiederum einer ständigen Entwicklung und andererseits treten durch die Erweiterung des Kreises der Vertragsstaaten immer wieder neue Rechtsordnungen hinzu, die Berücksichtigung finden müssen.

¹⁵⁶ Bei dieser werden die Begriffe der Konvention unabhängig von den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten gesehen. Die Konventionsorgane bedienen sich dabei der „wertenden Rechtsvergleichung“, um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den betreffenden Rechtsordnungen zu ermitteln, um dann schließlich eine einheitliche Begriffsdefinition herauszufiltern.

¹⁵⁷ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 58.

¹⁵⁸ *Frowein*, Art 2 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg) Europäische Menschenrechtskonvention² (1996) 38, Rn 15; *Tretter* spezifiziert: Es handelt sich um „Aufruhr“, wenn sich eine Menschenmenge zusammenschließt, um unter Einsatz von Gewalt Widerstand gegen die Staatsgewalt leistet - Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 137.

¹⁵⁹ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 137; Vgl EGMR U 22.3.2001, *Streletz, Kessler, Krenz&K.-H. W.* gg Deutschland, Nr 34044/96, der EGMR befand, dass die Flucht ehemaliger DDR Bürger weder als Aufstand noch als Aufruhr gewertet werden können.

kann zB „an assembly of 150 persons throwing missiles at a patrol of soldiers to the point that they risked serious injury (...) be considered, by any standard, to constitute a riot“.¹⁶⁰

Im Gegensatz dazu wird der Begriff „Aufstand“ völkerrechtlich zu definieren sein. Demnach ist von einem „Aufstand“ zu sprechen, „wenn sich in einem Staat eine mehr oder weniger organisierte Personengruppe gebildet hat, die Teile des Staatsgebiets tatsächlich beherrscht und sich gegen die legitime Regierung zu behaupten vermag“.¹⁶¹ Der EKMR folgend, muss es sich um eine Ausnahmesituation handeln, die ähnlich dem öffentlichen Notstand gem Art 15 EMRK ein staatsbedrohendes Ausmaß annimmt.¹⁶²

Wie bei den bisherigen Ausnahmetatbeständen gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne unbedingter Erforderlichkeit. Darüber hinaus ist wegen des Erfordernisses der „Rechtmäßigkeit“ („lawfully“/“conformément à la loi“) der Niederschlagung die Einhaltung der nationalen Gesetze Voraussetzung der Zulässigkeit der lebensgefährdenden Gewaltanwendung. Falls eine nationale Rechtsordnung keine entsprechenden Normen aufweist, die dem Art 2 Abs 2 lit c Genüge tun, oder existierende derartige Normen nicht eingehalten werden, wäre eine Tötung zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes allenfalls nur nach Art 2 Abs 2 lit a oder b zu rechtfertigen.¹⁶³

III. D. Art 2 EMRK iVm Art 15 EMRK: Einschränkung des Rechts auf Leben im Notstandsfall

Über die bisher dargestellten Grenzen des Schutzes des Rechts auf Leben hinaus, ist auch Art 15 EMRK zu beachten. Eine Auseinandersetzung damit erscheint im Rahmen dieser Arbeit gerade auch im Hinblick auf die in der öffentlichen Debatte¹⁶⁴ mitunter geäußerte Ansicht notwendig, dass Terrorismus eine neue Form der Kriegsführung und damit die Bekämpfung des Terrors eine rechtmäßige Kriegshandlung sei. Art 15 EMRK lautet:

¹⁶⁰ EKMR, E 10.7.1984, *Stewart* gg das Vereinigte Königreich, Nr 10044/82, DR 39, 172.

¹⁶¹ *Tretter*, Art 2 EMRK, in: *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg) Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 137.

¹⁶² *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 59.

¹⁶³ *Kopetzki*, Kommentierung zu Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2002), Rn 64.

¹⁶⁴ *Darnstädt*, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, *Der Spiegel* 9.7.07/28, 29.

„Abweichen im Notstandsfall

- (1) Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur soweit es die Lage unbedingt erfordert, und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.*
- (2) Aufgrund des Absatzes 1 darf von Art 2 nur bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen und von Art 3, Art 4 Abs 1 und Art 7 in keinem Fall abgewichen werden.*
- (3) Jede Hohe Vertragspartei, die dieses Recht auf Abweichung ausübt, unterrichtet den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe. Sie unterrichtet den Generalsekretär des Europarats auch über den Zeitpunkt, zu dem diese Maßnahmen außer Kraft getreten sind und die Konvention wieder volle Anwendung findet.“*

Vom grundsätzlichen Tötungsverbot des Art 2 darf ein Vertragsstaat gem Art 15 Abs 2 EMRK nur idS abweichen, als ein Todesfall infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen gerechtfertigt sein kann. Insofern fügt Art 15 Abs 2 EMRK einen vierten Ausnahmetatbestand zum Art 2 Abs 2 hinzu. Ein „*anderer* öffentlicher Notstand“ reicht als Rechtfertigung für eine Tötung nicht aus. Da der Begriff Krieg als ein Sonderfall des öffentlichen Notstands bezeichnet werden kann¹⁶⁵, ist zunächst dennoch eine nähere Betrachtung des „*öffentlichen Notstandes*“ als solchen notwendig.

Nach dem Völkerrecht ist ein Notstand ein Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund auf den sich ein Staat berufen kann, „wenn die betreffende Handlung die einzige Möglichkeit für den Staat ist, ein wesentliches Interesse vor einer schweren und unmittelbar drohenden Gefahr zu schützen, und wenn kein wesentliches Interesse des Staates oder der Staaten, gegenüber denen die Verpflichtung besteht, oder der gesamten internationalen Gemeinschaft ernsthaft beeinträchtigt wird“.¹⁶⁶ Hat jedoch der betroffene Staat selbst zur Entstehung dieses Notstands beigetragen, kann er sich nicht auf diesen Notstand als Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund berufen.

¹⁶⁵ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 11.

¹⁶⁶ Fischer/Köck (Hrsg) Völkerrecht⁶ (2004), Rn 922.

Ein *öffentlicher* Notstand, abgesehen vom Kriegszustand iSd Art 15 EMRK, liegt dann vor, wenn sich ein Staat in einer außergewöhnlichen Krisensituation befindet und die gesamte Bevölkerung und ihr organisiertes Leben in der Gemeinschaft davon betroffen sind.¹⁶⁷ Grundsätzlich wird den einzelnen Vertragsstaaten ein gewisser Beurteilungsspielraum zuerkannt, wann ein öffentlicher Notstand vorliegt. Dabei unterliegen diese allerdings einer europäischen Kontrolle. Ist ein Staat nämlich zu der Erkenntnis gelangt, dass er sich in einem öffentlichen Notstand befindet, kann er eine Derogationserklärung gem Art 15 Abs 3 EMRK abgeben. Diese wird dann vom EGMR nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf ihre Zulässigkeit geprüft, dh ob oder welche „normalen“, nicht von den Grundrechten und Grundfreiheiten der EMRK abweichenden Maßnahmen dem Staat zur Verfügung stünden.¹⁶⁸ Im Fall *Brannigan & MacBride* gg Irland¹⁶⁹ erklärte der EGMR dazu folgendes:

„The Court recalls that it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision (ibid.). At the same time, in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation.“¹⁷⁰

Ein Krieg ist im Gegensatz zum öffentlichen Notstand „ein Zustand zwischenstaatlicher Gewalt, deren Anwendung solchen Umfang angenommen hat, dass nicht mehr von beschränkten Einzelmaßnahmen gesprochen werden kann“. ¹⁷¹ Nach anderer Meinung ist

¹⁶⁷ EGMR, U 1.7.1961, *Lawless* gg Irland, Serie A 3, Z 43.

¹⁶⁸ EGMR, U 23.9.1998, *Demir ua* gg Türkei, RJD 1998-VI, Z 49ff.

¹⁶⁹ EGMR, U 26.5.1993, *MacBride* gg Irland, Nr 14554/89 und *Brannigan* gg Irland, Nr 14553/89, Z 43; Sachverhalt: Im Jänner 1989 wurden die beiden Bf – unabhängig voneinander – ohne Haftbefehl aufgrund § 12 Abs 1 lit d des Prevention of Terrorism Act 1984 verhaftet. In beiden Fällen verlängerte der Innenminister die Haftdauer. Der ErstBf wurde nach 6 Tagen, 14 Stunden und 30 Minuten entlassen, der ZweitBf nach 4 Tagen, 6 Stunden und 25 Minuten. In ihrer Beschwerde machten die Bf geltend, dass die Tatsache, dass sie nicht unverzüglich einem Richter vorgeführt worden waren, gegen Art 5 Abs 3 verstoße. Darüber hinaus hätten sie entgegen Art 5 Abs 5 kein durchsetzbares Recht auf Schadenersatz. Kurze Zeit davor, am 23.12.1988 hatte die Regierung eine Außerkräftsetzungserklärung gem Art 15 EMRK abgegeben.

¹⁷⁰ EGMR, U 26.5.1993, *MacBride* gg Irland, Nr 14554/89 und *Brannigan* gg Irland, Nr 14553/89.

¹⁷¹ *Fischer/Köck* (Hrsg) *Völkerrecht*⁶ (2004), Rn 1050.

der „Kriegszustand“ vom Willen bzw von der Auffassung der Parteien, die in eine Auseinandersetzung verwickelt sind, abhängig.¹⁷²

Damit ein Abweichen vom Tötungsverbot des Art 2 gerechtfertigt sein kann, muss der die Tötung zu einer „rechtmäßigen Kriegshandlung“ machende Krieg jedenfalls derart sein, dass er das „Leben der Nation“ bedroht. Todesfälle infolge „rechtmäßiger Kriegshandlungen“ sind somit nur dann nicht in Widerspruch zum Tötungsverbot gem Art 2, wenn die durch „rechtmäßige Kriegshandlungen“ verursachten Todesfälle unbedingt erforderlich waren, um die Bedrohung des „Lebens der Nation“ abzuwenden. Ebenso wie der Begriff des Krieges wird auch die Rechtmäßigkeit von Kriegshandlungen mit völkerrechtlichen Maßstäben zu messen sein.¹⁷³ Das Kriegsvölkerrecht unterscheidet als grundsätzliches Prinzip zwischen Zivilbevölkerung und Kombattanten bzw zwischen zivilen und militärischen Objekten. Rechtmäßige Kriegshandlungen richten sich immer nur gegen militärische Ziele; Schäden an der Zivilbevölkerung oder an zivilen Objekten können immer nur höchstens als Form von Kollateralschäden bei einem Angriff auf ein militärisches Ziel gerechtfertigt sein.¹⁷⁴ Es kann also eine absichtliche Tötung von Zivilisten, hier „innocent bystanders“, niemals eine gerechtfertigte Tötung „infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen“ sein.

IV. Exkurs: Terrorismus - was ist Terrorismus?

IV. A. Das Phänomen „Terrorismus“

Ter/ror der; -s <aus *lat. terror* »Schrecken (bereitendes Geschehen)« zu *terrere* »in Schrecken setzen«>:

1. [systematische] Verbreitung von Angst u. Schrecken durch Gewaltaktionen.
2. Zwang, Druck [durch Gewaltanwendung].
3. (ugs.)
 - a) Zank u. Streit;
 - b) großes Aufheben um Geringfügigkeiten.

¹⁷² Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 11.

¹⁷³ zB Genfer Konvention, Haager Landkriegsordnung etc.

¹⁷⁴ Herdegen, Völkerrecht² (2002) 358, Rn 13.

Ter/ro/ris/mus der; - <aus fr. *terrorisme* »auf Gewaltausübung beruhende politische Herrschaftsform«

1. System der Gewalt- u. Schreckensherrschaft.
2. das Verbreiten von Terror durch Anschläge u. Gewaltmaßnahmen zur Erreichung eines bestimmten [politischen] Ziels.
3. Gesamtheit der Personen, die Terrorakte verüben.

Ter/ro/rist der; -en, -en <nach gleichbed. fr. *terroriste*; vgl. ...ist>: jmd., der *Terroranschläge plant u. ausführt.* ¹⁷⁵

Würde der Versuch unternommen werden, Terrorismus geschichtlich zu erklären, stünde schnell fest, dass dies eigentlich nicht möglich ist. Terroristische Bewegungen gab bzw gibt es auf der ganzen Welt, unabhängig davon, welchen geschichtlichen Hintergrund ein Land hat, ob es zB arm oder reich ist, wobei es Tendenzen dazu gibt, dass sich Terrorismus insbesondere in Entwicklungsländern, die eine schnelle Modernisierung erleben, entwickelt. ¹⁷⁶

Wenn heute über Terrorismus gesprochen wird, so ist zumeist von dem „modernen Terrorismus“, einem Phänomen, die Rede, welches erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden ist. De facto ist Terrorismus im Allgemeinen bereits in der Antike geschichtlich wahrgenommen worden, wobei er zu dieser Zeit noch nicht als „Terror“ bezeichnet wurde. Einer der ersten „terroristischen“ Gruppierungen waren die Zeloten. ¹⁷⁷ Diese waren sowohl religiös als auch politisch motiviert, wobei die religiöse Seite mehr im Vordergrund stand als die politische. Grundsätzlich handelte es sich bei den Zeloten um eine antirömische, zum großen Teil aus Juden bestehende Partei zu Zeiten Christi. Ihr Ziel war es, durch einen Massenaufstand gegen die Römer eine Gewalteskalation hervorzurufen, aus welcher die Ankunft des Messias folgen würde. Die Aktionen der Zeloten waren insbesondere durch ihre Grausamkeit und die Wahllosigkeit ihrer Opfer gekennzeichnet. Seit der Antike also kam es im Verlauf der Geschichte immer wieder zu „terroristischen“ Bewegungen, so zB die Assassinen im 12. Jahrhundert, die

¹⁷⁵ Duden - Das große Fremdwörterbuch⁴ 2007 [CD-ROM].

¹⁷⁶ Richardson, *What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat* (2006) 88.

¹⁷⁷ Auch genannt die sog Sicarii, deswegen so genannt aufgrund des Dolches, die bevorzugte Waffe (lat. Sica) bzw abgeleitet von Zelos aus der griechischen Mythologie, die Inkarnation des Eifers („Hamas“ bedeutet in der Übersetzung „Eifer“) Richardson, *What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat* (2006) 28ff.

herrschenden Rebellen während der Französischen Revolution, Bakunin und Marx, oder die IRA.

Der Begriff „Terror“ wurde übernommen von der Französischen Revolution. Die damalige „Terrorherrschaft“ - sog „Staatsterror“ - zerstörte sich am Ende jedoch selbst, denn je länger die Schreckensherrschaft der französischen Revolution anhielt, desto mehr waren die eigenen Leute betroffen. Richtete sie sich anfänglich nur gegen die Aristokratie, war am Ende nur mehr ein Bruchteil der Hingerichteten adelig.¹⁷⁸ Aber nicht nur die Bezeichnung wurde dem uns bekannten Terrorismus von der Französischen Revolution vererbt; hinzukam, dass sich die Terroristen zum ersten Mal im Laufe der Geschichte ganz eindeutig zu Vertretern des Volkswillens ernannten. Außerdem gewann die politische Motivation Überhand gegenüber der religiösen.

Grundsätzlich wird heute mit „Terrorismus“ das planmäßige und gewaltsame Vorgehen gegen Zivilisten zur Erreichung eines politischen Zieles bezeichnet, auch wenn der Grundgedanke der terroristischen Formierung nicht immer unbedingt ein politischer ist. Ganz allgemein lassen sich vier verschiedene Grundideen von terroristischen Bewegungen unterscheiden:

- i. eine Revolutionierung der Gesellschaft nach den Ideen von Marx,
- ii. Streben von Minderheiten nach mehr Autonomie,
- iii. religiöse Motive und
- iv. der Versuch, durch Verletzung der bestehenden Gesetze die bestehende Ordnung zu wahren, sog vigilantistischer Terrorismus.¹⁷⁹

Trotz dieser verschiedenen Ausgangsbasen sind grundlegende Aspekte terroristischer Vereinigungen aber gleich. *Richardson* umschreibt Terrorismus durch sieben entscheidende Merkmale:

- 1.) Terroristen verfolgen politische Ziele¹⁸⁰,
- 2.) Akte von Terroristen sind immer mit Gewalt verbunden,

¹⁷⁸ Auf das „Nicht-Bestehen-Können“ einer „Terrorherrschaft“ wird später noch eingegangen.

¹⁷⁹ *Waldmann*, Eine Einführung, in: *Hirschmann/Gerhard* (Hrsg) *Terrorismus als weltweites Phänomen* (2000) 18.

¹⁸⁰ Auch religiös motivierte Terroristen verfolgen im Wesentlichen politische Ziele, zB eine Regierung nach islamischem Recht.

- 3.) Ziel eines Terroraktes ist nicht die Besiegung des Feindes, sondern die Verkündung einer Botschaft; auf der einen Seite soll diese Furcht und Schrecken verbreiten, auf der anderen Seite aber Sympathie und Unterstützung hervorrufen,¹⁸¹
- 4.) Terrorakt und Opfer haben eine symbolische Bedeutung,
- 5.) Terrorismus ist die Vorgehensweise von substaatlichen Gruppierungen, nicht von Staaten,
- 6.) Opfer und Publikum der Gewalttaten sind nicht identisch; Regierungen sollen in ihrer Handlungsweise beeinflusst werden und
- 7.) Opfer sind stets Zivilisten.¹⁸²

Diese sieben Merkmale sind jedoch nur als Hilfsrichtlinien anzusehen und nicht als strenge Abgrenzungen. Dh wenn im Zuge von terroristischen Akten auch Sicherheitskräfte sterben, vielleicht sogar ausschließlich, ist trotzdem weiterhin von Terrorismus zu sprechen. Über die angeführten Merkmale des Terrorismus hinaus, handelt es sich dabei grundsätzlich um eine Waffe des Schwächeren gegen einen überdimensional größeren Feind. Terroristen entspringen immer einer Minderheit, die ihre Situation in möglichst kurzer Zeit ändern will, aber zu wenige sind, um nach dem demokratischen Prinzip oder durch einen Krieg nach der völkerrechtlichen Definition Aussicht auf Erfolg zu haben. Terrorismus wird in solchen Fällen ein Mittel zur Kommunikation.¹⁸³

IV. B. Täter - Opfer

„Menschen die komplexe Verbrechen begehen, haben keine gelben Augen. Sie kratzen nicht mit ihren Fingernägeln am Boden dahin oder haben ein Kainsmal auf der Stirne, auf dem geschrieben steht: „Ich habe drei Menschen umgebracht.“ (...) Wir sind unfähig, von außen her zu erkennen, was jemand in der Lage ist zu tun oder auch nicht. (...) Die

¹⁸¹ Vgl. Waldmann, Eine Einführung, in: Hirschmann/Gerhard (Hrsg) Terrorismus als weltweites Phänomen (2000) 13.

¹⁸² Richardson, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat (2006) 28ff.

¹⁸³ Vgl Waldmann, Eine Einführung, in: Terrorismus als weltweites Phänomen, in: Hirschmann/Gerhard (Hrsg) Terrorismus als weltweites Phänomen (2000) 11ff.

Annahme zu wissen, was man jemandem zutrauen kann und was nicht, ist der größte Irrtum und bestenfalls die Basis für Vorurteile.¹⁸⁴

Der Versuch Terrorismus auf der individuellen Ebene zu erklären, dh eine Antwort auf die Frage zu finden, warum sich ein Mensch dazu entschließt, Terrorist zu werden, gestaltet sich ebenso schwierig, wie eine Allgemeine Erklärung des Phänomens Terrorismus. Zu Beginn ist zwischen den Anführern oder Gründern und den „durchschnittlichen Terroristen“ zu unterscheiden. Der Führer ist derjenige, der eine Struktur schafft und in vielen Fällen auch eine Personifizierung der angestrebten Ideologie. Ein Beispiel dafür ist aller Erkenntnis nach Osama Bin Laden, der von den Anhängern der al-Quaida fast gottesgleich verehrt wird. Prinzipiell sind die Anführer älter als das „gemeine Fußvolk“ und auch gebildeter.¹⁸⁵ Jedoch ist auch dieser Aspekt nicht auf alle Terrorvereinigungen zutreffend.

Eine Terrorvereinigung, die aufgrund ihrer Organisation sich von anderen Terrorvereinigungen wie etwa die IRA unterscheidet, ist die al-Quaida. So läuft zB die Rekrutierung von neuen Mitgliedern über Anmeldeformulare sog Sinjar-Papiere, in denen der sich Bewerbende Angaben darüber machen muss, in welcher Funktion er tätig sein will, wie viel Geld er hat, ob eine Familie da ist, sein letzter Wille etc. Das Herausstechende an diesen Formularen ist, mit welcher Akribie diese ausgearbeitet wurden, und die Tatsache, dass rund 56% der in den letzten Jahren Rekrutierten sich als Märtyrer meldeten.¹⁸⁶ Laut einer Analyse von *Sageman* stammen zwei Drittel der Mitglieder der al-Quaida aus der Mittel- und Oberschicht, ungefähr 60% von ihnen waren bzw sind Akademiker und dies in einem Land, in dem nur 5 bis 10% der Gesamtbevölkerung eine universitäre Laufbahn einschlägt. Das durchschnittliche Alter liegt bei 26 Jahren, die meisten sind verheiratet und haben Kinder.¹⁸⁷

Grundsätzlich sind im Gegensatz zur al-Quaida die Mitglieder terroristischer Vereinigungen im Vergleich zu den Anführern meist jung und stammen aus den unteren Gesellschaftsschichten, wobei es auch hier keine „klassische Terroristenlaufbahn“ gibt.

¹⁸⁴ Müller, *Bestie Mensch*⁴ (2004) 12.

¹⁸⁵ ZB: Abimael Guzmán (Akademiker), Anführer des Leuchtenden Pfades; Mario Roberto Santucho (Ökonom), Anführer der argentinischen ERP.

¹⁸⁶ <http://www.ctc.usma.edu/harmony/pdf/CTCForeignFighter.9.Dec07.pdf> (1.7.2010).

¹⁸⁷ *Sageman*, *Understanding Terror Networks* (2004) 99ff.

Ein Aspekt, der aber vielen Mitgliedern terroristischer Vereinigungen gemeinsam ist, ist der, dass sie irgendwann in ihrem Leben eine Erfahrung gemacht haben, die in ihnen den Wunsch nach Vergeltung und Gerechtigkeit wachgerufen hat.¹⁸⁸ Diese Erfahrung kann eine persönliche sein, dh die Person hat am eigenen Leib eine „Ungerechtigkeit“ erfahren, muss aber nicht. In vielen Fällen schlossen sich gegenwärtig Menschen einer terroristischen Gruppierung an, als sie sich im westlichen Ausland befanden.¹⁸⁹ Dieses Phänomen ist auch als das sog Diaspora-Phänomen bekannt. Beispiele dafür finden sich sowohl bei al-Quaida als auch bei der IRA oder den Tamil Tigers. Ein Grundkriterium ist, dass eine Identifikation mit den „ungerecht“ behandelten Menschen möglich ist. Im Unterschied also zu Kleinkriminellen und „normalen“ Mördern, wird eine Person nicht zum Terroristen, um sich selbst Vorteile zu verschaffen, sondern um für andere zu kämpfen. Die Menschen, die mit terroristischen Bewegungen in Kontakt sind, um ausschließlich sich selbst zu bereichern, sind zumeist nicht Mitglieder dieser Terrorvereinigung, sondern unterstützen diese bloß.

Ein weiteres Motiv dafür, Terrorist zu werden, ist die Kameradschaft und das Zusammengehörigkeitsgefühl. Oft kannten sich Mitglieder von Terrorvereinigungen schon vor ihrem Beitritt zu einer solchen oder sind überhaupt miteinander verwandt.¹⁹⁰ Ein italienischer Aktivist meinte dazu: „Gemeinsam war uns die Vorstellung, dass der bewaffnete Kampf, abgesehen von der historischen Notwendigkeit, auch eine Gelegenheit war, menschliche Beziehungen aufzubauen, die, ich weiß nicht, wie ich es sagen soll, absolut sein mussten, auf der Bereitschaft basierten zu sterben, das Gegenteil des Alltagslebens mit seiner Vereinzelung in einer kapitalistischen Gesellschaft.“¹⁹¹ Verbunden mit der Kameradschaft ist das Bestreben, sich in der Gruppe zu profilieren. Es ist bestätigt, dass Gruppen-, Organisations- und Sozialpsychologie terroristische Verhaltensabläufe besser erklären, als die Individualpsychologie.¹⁹²

Auch der religiöse oder ideologische Aspekt einer Terrorvereinigung kann Motivation sein, sich einer Gruppe anzuschließen, ihr Hauptzweck liegt aber meist darin, das Verhalten der Terroristen zu rechtfertigen. So besagt zB Sure 4, 65: „Doch nein, bei

¹⁸⁸ Richardson, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat (2006) 72f.

¹⁸⁹ Richardson, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat (2006) 107ff.

¹⁹⁰ Sageman, Alternative Views of the Terrorist Threat, International studies Review, Vol 7 (2007) 676f.

¹⁹¹ Della Porta, Social Movements, Political Violence and the State (1995) 146.

¹⁹² Richardson, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat (2006) 81.

deinem Herrn, sie glauben nicht, bis sie dich (oh Mohammed) zum Schiedsmann bestellen über (all) das, was zwischen ihnen strittig ist, dann bei sich keine Beschwerden wegen dessen finden, was du entschieden hast, und sich ergeben fügen.“ Aus dieser Sure leiten Extremisten das Prinzip ab, dass jedes Recht, das nicht auf den Koran oder das Beispiel Mohammeds gegründet ist, im Gegensatz zur Autorität des Korans steht. Es bestehe daher kein anderes Recht außer dem islamischen Recht, und wer sich nicht an die Lehren des Korans hält, ist ein Ungläubiger, dessen Tod gerechtfertigt ist.¹⁹³ Über den Islam hinaus sind religiöse Motive auch im Nordirlandkonflikt feststellbar (Auseinandersetzungen zwischen Katholiken und Protestanten).

Im Gegensatz zu den Motiven, sind die grundsätzlichen Ziele der meisten Terroristen sehr klar definiert. Sie wollen Vergeltung für das „Unrecht“, das ihnen oder Ihregleichen angetan wurde, sie wollen Ruhm und sie wollen eine Reaktion des „Feindes“.¹⁹⁴

Wer ist aber der sog „Feind“ einer terroristischen Gruppierung? Eines der bereits angeführten Merkmale einer terroristischen Vereinigung ist, dass ihre Anschläge sich gegen Zivilisten richten, obwohl ihre eigentlichen „Feinde“ Regierungen sind. Gerechtfertigt wird dies mit der Erklärung, dass jeder, der mit seinem Verhalten sein Einverständnis zu einer Regierung gibt, genauso ein Feind ist, wie die betreffende Regierung selbst. Dieses Einverständnis erbringt zB laut Bin Laden jeder Zivilist in regelmäßigen Abständen durch das Bezahlen seiner Steuern. „Er ist unser Feind, ob er direkt gegen uns kämpft oder bloß seine Steuern bezahlt.“¹⁹⁵

IV. C. „Moderner“ Terrorismus

Der „moderne“ oder „neue“ Terrorismus wird als ein Phänomen des 19. Jahrhunderts bezeichnet, wobei die Eigenschaft „neu“ bzw „modern“ natürlich relativ gesehen werden muss. Die wesentliche Frage, die sich hier nun stellt, ist, in welchen Merkmalen sich der „moderne“ Terrorismus von dem „alten“ unterscheidet. Laut *Tucker* zählen zu den typischen Charakteristika des „modernen“ Terrorismus ua, dass es sich um eine flache,

¹⁹³ *Gabriel*, Motive islamischer Terroristen. Eine Reise in ihre religiöse Gedankenwelt (2007) 107.

¹⁹⁴ *Richardson*, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat (2006) 126ff.

¹⁹⁵ *Bin Laden*, Interview auf al-Dschasira 1998,

<http://www.news.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2001/10/07/wbin07.xml> (12.4.2006)

netzwerkartige Struktur handle, die Dank der Informationstechnologien ohne hierarchisch übergeordnetes Koordinationszentrum auskommt; an die Stelle der „professionellen“ Terroristen seien „Amateurterroristen“ getreten und die Hemmschwelle, viele Menschen - gleich welchen Geschlechts, Alter oder sozialer Herkunft - zu töten, abgenommen habe.¹⁹⁶ Ob diese Charakteristika generell auf terroristische Vereinigungen des 21. Jahrhunderts anzuwenden sind, bleibt wie bei allen generellen Annahmen fraglich. Mit Sicherheit sind jedoch Veränderungen in der terroristischen Motivation und Vorgehensweise zu bemerken. *Waldmann* streicht in seiner Forschung vor allem vier Charakterzüge heraus:¹⁹⁷

- 1.) Die Anschläge sind so geplant und organisiert, dass sie möglichst den nationalen Rahmen überschreiten und/oder Menschen aus mehreren unterschiedlichen Nationen betroffen sind. Laut Statistik¹⁹⁸ sind die „internationalen“ Anschläge in den Jahren 1985 bis 2000 zwar rückläufig, die durchschnittliche Zahl der Todesopfer steigt jedoch deutlich an.
- 2.) Bei den Neugründungen der terroristischen Vereinigungen überwiegen die religiös motivierten, insbesondere jene mit islamistischem Hintergrund.
- 3.) Al-Quaida ist die erste „transnationale“ Organisation, welche von Beginn an, als solche geplant war, transnationale Ziele verfolgte und ihre Mitglieder aus dem gesamten arabischen Raum rekrutierte.
- 4.) Der Zweck der Anschläge ist nicht in Strategien oder Taktiken zu finden, sondern liegt vor allem in der Zufügung eines großen Schadens. Es handelt sich dabei meist um „Rumpf- und Racheterrorismus“; dabei geht es um Vergeltungsschläge bzw den Beweis zu erbringen, eine gewisse Zerstörungskapazität zu haben.

Zwei weitere Aspekte des „modernen Terrorismus“ sind zum einen die erhöhte Bereitschaft Selbstmordanschläge durchzuführen, zum anderen die „Neuerungen“ der eingesetzten Waffen – bis hin zu Passagierflugzeugen, Auslösung von Sprengstoffdetonationen durch Mobiltelefone etc – und Kommunikationsmittel.

¹⁹⁶ *Tucker*, What is New about the new Terrorism and how dangerous is it? Terrorism and Political Violence (2001) 1ff.

¹⁹⁷ *Waldmann*, Neuer Terrorismus?, in: *Graulich/Simon* (Hrsg.), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit (2007) 50.

¹⁹⁸ *Waldmann*, Terrorismus. Provokation der Macht (2005) 24.

Zusammengefasst muss also festgestellt werden, dass auch terroristische Vereinigungen und die Art und Weise ihrer Anschläge einer ständigen Entwicklung unterworfen sind.

V. Rechtsprechung der EKMR und des EGMR im Zusammenhang mit Terrorismus

Die Anzahl der Beschwerden, die vor dem EGMR verhandelt werden, die in irgendeiner Weise iZm Terrorismus stehen, stieg ständig. Viele davon sind Beschwerden wegen Verletzungen des Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und/oder des Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, einschließlich des Rechts auf Datenschutz).

Aufgrund dessen, dass es sich bei Terrorismus um eine internationale, sich sehr schnell wandelnde Gefahr handelt, mit der die meisten Mitgliedstaaten der EMRK bisher wenig zu tun hatten, und weil, daraus folgend, die unterschiedlichen Bestimmungen zur Terrorismuskämpfung in den jeweiligen Rechtsordnungen auch noch sehr jung sind, kommt der Rsp des EGMR ein besonderer Stellenwert zu. Der EGMR ist die einzige europäische Instanz (neben dem EuGH, der aber in diesem Zusammenhang noch wenig in Erscheinung getreten ist), die durch Auslegung und Interpretation der Bestimmungen der EMRK den Mitgliedstaaten konkrete Grenzen bzw Voraussetzungen für gerechtfertigte Grundrechtseingriffe aufzeigt. Grundsätzliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines jeden Grundrechtseingriffs sind die Rechtmäßigkeit des Eingriffs, die Einhaltung der von der EMRK normierten Eingriffsschranken sowie die Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriff, Zweck und Ziel. Besonders interessant für die Auslegung ist der zweite Punkt: die Einhaltung der von der EMRK normierten Eingriffsschranken, da den Mitgliedstaaten innerhalb dieser Schranken bei der Ausgestaltung von Grundrechtseingriffen zumeist ein Ermessensspielraum eingeräumt ist¹⁹⁹. Dies gilt zum Schutz der nationalen Sicherheit und/oder zur Sicherung der Ordnung sowie zur Verhütung von strafbaren Handlungen insbesondere dann, wenn eine außergewöhnliche Situation vorliegt.²⁰⁰ Worum geht es hierbei aber konkret? Einfach und praxisorientiert formuliert geht es hierbei um nichts anderes, als die Befugnisse der Sicherheitspolizei bzw darum, welche Anforderungen an

¹⁹⁹ Vgl oben Kapitel III. C

²⁰⁰ Siehe Rsp zu EGMR, U 6.9.1978, *Klass ua* gg Deutschland, Nr 5029/71.

den Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln gestellt werden können. Wie weit darf die Sicherheitspolizei aus Sicht des EGMR gehen? Was ist „notwendig“ und was „verhältnismäßig“?

Da es für diese Begriffe keine allgemein gültige Definition gibt, muss auf die Rsp des EGMR zurückgegriffen werden; zB auf den Fall *Klass ua* gg die BRD²⁰¹, in welchem gerügt wurde, dass Art 10 Abs 2 deutsches Grundgesetz und das auf dieser Bestimmung basierende Gesetz aus dem Jahre 1968 zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nicht mit der EMRK vereinbar seien. In seinen Entscheidungsgründen erörterte der EGMR, dass mit Rücksicht auf den Fortschritt der Technik auf dem Gebiet der Spionage und im Hinblick auf die Entwicklung des Terrorismus in Europa, der Staat in der Lage sein müsse, um wirksam gegen diese Bedrohungen vorgehen zu können, in seinem Bereich subversiv operierende Personen heimlich zu überwachen. Weiters führte er aber aus, dass es ihm wohl bewusst sei, welche Gefahren in einem solchen Gesetz stecken würden, nämlich die Demokratie eines Staates mit der legalen und rechtschaffenen Begründung, sie verteidigen zu wollen, zu untergraben oder gar zu zerstören. Die Begründung der Vertragsstaaten, im Namen des Kampfes gegen Spionage und Terrorismus zu handeln, rechtfertigt nicht jede Maßnahme, nur weil diese gerade geeignet erscheint. Die Lösung des Problems sah der EGMR in diesem Fall in dem Überwachungssystem. Er prüfte daher im Folgenden insbesondere, ob das in dem besagten Gesetz vorgeschriebene Kontrollsystem den Eingriff in den Grenzen halten konnte, welche für eine demokratische Gesellschaft „notwendig“ seien. Im Ergebnis beschäftigte sich der EGMR also nicht mit der Frage, welche Eingriffe inwieweit „notwendig“ waren, sondern vielmehr, ob es eine Einrichtung gab, die mit der ständigen und wirksamen Kontrolle der Eingriffe betraut war. Ähnlich argumentierte der EGMR auch im Fall *Weber und Saravia* gg Deutschland²⁰², in welchem das gleiche

²⁰¹EGMR, U 6.9.1978, *Klass ua* gg Deutschland, Nr 5029/71, Das Gesetz erlaubte den zuständigen Behörden die Öffnung von Briefen und Postsendungen und ihre Einsichtnahme, das Abhören und Aufnehmen des Fernmeldeverkehrs sowie das Mitlesen des Fernschreibverkehrs. Diese Maßnahmen durften jedoch nur dann ergriffen werden, wenn der Verdacht bestand, dass eine Person bestimmte Straftaten, die nach dem dStGB strafbar sind, plane, begehe oder begangen habe, wie die Friedensverrats oder Hochverrats, der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, der äußeren Sicherheit oder der Sicherheit der alliierten Truppen. Die Bf griffen die Vorschrift jedoch nicht grundsätzlich aufgrund der Ermächtigung zur Überwachung an, sondern wegen der Tatsache, dass die zuständigen Behörden nicht dazu verpflichtet waren, die betroffenen Personen nachträglich zu unterrichten. Darüber hinaus sei der Rechtsweg gegen Anordnung bzw Vollzug solcher Maßnahmen ausgeschlossen. Das Gesetz verstoße daher gegen Art 8 und 10 EMRK.

²⁰² EGMR, U 29.6.2006, *Weber und Saravia* gg Deutschland, Nr 54934/00.

Gesetz von den Bf gerügt wurde, nur standen in dem Fall die Bf in keinem, nicht einmal behaupteten Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung. Im Gegensatz dazu entschied der EGMR in der Sache *Kruslin und Huvic* gg Frankreich²⁰³, bei dem der Anlassfall auch wieder eine Telefonüberwachung war, dass Art 8 EMRK durch die Überwachung verletzt wurde.

Auch wenn die Entscheidungen des EGMR in den Fällen der Telefonüberwachung eher als „vorsichtig“ und sehr „einzelfallspezifisch“ zu bezeichnen sind, so gibt es doch auch Fälle in denen der EGMR recht klare Grenzen aufzeigt. Im Fall *Guzzardi* gg Italien²⁰⁴ – es ging dabei um die dreijährige Verbannung des Bf auf eine kleine Insel gemäß einem Gesetz aus dem Jahre 1956 bezüglich „Personen, welche eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (...) darstellen“, weil der Bf der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung und der Beteiligung an einer Entführung verdächtigt wurde, – gelangte der EGMR zu der Auffassung, dass Art 5 Abs 1 lit c EMRK nicht als Basis für eine generalpräventive Politik angesehen werden könne. Dies gelte selbst dann, wenn sich diese gegen Personen richtet, „die wie die Mitglieder der Mafia wegen ihrer andauernden kriminellen Neigung als gefährlich anzusehen seien.“ Die Formulierung in Art 5 Abs 1 lit c EMRK, es müsse „begründeter Anlass“ bestehen, dass es „notwendig“ sei, eine Person „an der Begehung einer strafbaren Handlung oder an der Flucht nach der Begehung einer solchen zu hindern“²⁰⁵, weise eindeutig darauf hin, dass es sich um die Verhinderung einer konkreten, bestimmten strafbaren Handlung handeln muss.

Besonders interessant ist die Rsp des EGMR gerade in Bezug auf die vorliegende Arbeit, wenn es sich um Fälle wegen behaupteter Verletzungen des Art 3 EMRK handelt, da Art 3 EMRK ebenso wie Art 2 notstandsfest ist. In den Fällen *Selmouni* gg Frankreich²⁰⁶ und *Tomasi* gg Frankreich²⁰⁷ – in beiden Fällen ging es um Misshandlungen durch die Polizei während einer Haft – , unterstrich der EGMR in seinen Entscheidungsgründen, dass die Konvention Folter und unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung verbiete, selbst unter den schwierigsten Bedingungen, auch im Falle einer allgemeinen Gefahr, die das Leben der Nation bedroht. „Die Erfordernisse der Ermittlungen und die

²⁰³ EGMR, U 24.4.1990, *Kruslin und Huvic* gg Frankreich, Nr 7/1989/167/223 und 4/1989/164/220.

²⁰⁴ EGMR, U 6.11.1980, *Guzzardi* gg Italien, Serie A 39, EuGRZ 1983, 633f.

²⁰⁵ EGMR, U 6.11.1980, *Guzzardi* gg Italien, Serie A 39, EuGRZ 1983, 633f.

²⁰⁶ EGMR, U 28.7.1999, *Selmouni* gg Frankreich, Nr 25803/94.

²⁰⁷ EGMR, U 27.8.1992, *Tomasi* gg Frankreich, Nr 27/1991/279/350.

nicht bestreitbaren Schwierigkeiten, die dem Kampf gegen das Verbrechen insbesondere iZm Terrorismus eigen sind, dürfen nicht dazu führen, dass der Schutz des Einzelnen eingeschränkt wird, der Menschen in Bezug auf ihre physische Integrität zu gewährleisten ist.²⁰⁸

Die Liste der Beschwerden an den EGMR, die Zusammenhänge mit dem Kampf gegen den Terrorismus aufweisen, ist lang; deswegen und allein schon aufgrund der Dynamik der Rsp des EGMR ist eine abschließende detaillierte Darstellung, wann ein Grundrechtseingriff für eine „demokratische Gesellschaft“ „notwendig“ ist, kaum möglich. Was jedoch geht prinzipiell schon aus der beispielhaften Untersuchung der Fälle hervor? Zu allererst ist festzustellen, dass es Beschwerden wegen unterschiedlichster gerügter Grundrechtsverstöße iZm Terrorismus bzw organisierter Kriminalität gibt; es erscheint kein durch die EMRK geschützter Bereich ausgenommen zu sein. Als nächstes ist festzuhalten, dass die Gesetzmäßigkeit einer Maßnahme bzw einer polizeilichen Befugnis nicht bereits jeden darauf basierenden Grundrechtseingriff zulässig macht.²⁰⁹ Es bedarf darüber hinaus immer der Prüfung des Einzelfalles und der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Was die Definition von „notwendig“ bzw „verhältnismäßig“ betrifft, ist nach der Studie der Rsp des EGMR unabhängig von jedem Einzelfallbezug hervorzuheben, dass besonderer Wert auf ein effektives Kontrollsystem zB bei polizeilichen heimlichen Überwachungsmaßnahmen (einschließlich nachfolgender Informationsverpflichtungen der Behörden den Betroffenen gegenüber) gelegt wird. Diesen Kontrolleinrichtungen obliegt dann die Entscheidung, ob ein Eingriff im Rahmen des „Notwendigen“ liegt oder nicht. Weiters ist eine nachvollziehbare Tendenz des EGMR zu erkennen, Grundrechtseingriffen zur Bekämpfung und Verfolgung des Terrorismus, die nicht die Fundamentalgarantien betreffen, gegenüber nachsichtiger zu sein.

²⁰⁸ EGMR, U 27.8.1992, *Tomasi* gg Frankreich, Nr 27/1991/279/350 Z 115, ÖJZ 1993, 140.

²⁰⁹ Vgl *Handstanger/Okresek*, Sicherheitsverwaltung und MRK, ÖJZ 1995, 251ff.

V. A. Untersuchung der einschlägigen Rechtsprechung der EKMR²¹⁰ bzw des EGMR wegen Verletzungen des Art 2 EMRK im Zusammenhang mit Terrorismus

Seit dem Jahre 1980²¹¹ wurden über 100 Fälle wegen Verletzungen des Art 2 iZm Terrorismus entweder nur von der EKMR²¹² bearbeitet oder auch vor dem EGMR verhandelt. Der größte Teil davon (64) richtete sich gegen die Türkei, gefolgt von Russland (15). An dritter Stelle steht das Vereinigte Königreich mit 12 Beschwerdefällen. Zwei Fälle musste der EGMR gegen Irland verhandeln und jeweils ein Beschwerdefall wurde dem EGMR gegen Schweden, Italien, Finnland, Bulgarien, Bosnien Herzegowina und Griechenland vorgelegt.

Im Folgenden werden nun beispielhaft EKMR / EGMR-Fälle wegen Verletzung des Art 2 besprochen; in ihrer Kommentierung werden aber nur jene Aspekte Erwähnung finden, welche für die Darstellung der Spruchpraxis des EGMR bzw der EKMR in Bezug auf Verletzungen des Art 2 von Bedeutung sind. Den Beschwerden, die iZm Terrorismus stehen, folgen ähnliche Beschwerden, die keinen Bezug zu terroristischen Aktivitäten aufweisen. Dieser direkte Vergleich soll Unterschiede bzw Gemeinsamkeiten der Spruchpraxis des EGMR aufzeigen.

²¹⁰ Genau genommen handelt es sich im Falle der EKMR um keine Rechtsprechung, um die Terminologie zu vereinfachen, wird darauf im Verlauf dieser Arbeit keine Rücksicht genommen.

²¹¹ 1.1.1980 bis 18.11.2009

²¹² Die nach einer Übergangsfrist gem dem 11 ZPEMRK im Jahre 1999 aufgelöste Menschenrechtskommission war damit beauftragt, die Zulässigkeit einer Beschwerde zu prüfen; dies war der erste Verfahrensschritt. War der betreffende Fall, da zB nicht offensichtlich unbegründet oder außerhalb des Anwendungsbereiches der Konvention, nicht für unzulässig zu erklären, so verfasste die Kommission einen Bericht, ob eine Konventionsverletzung stattgefunden habe, oder nicht und bemühte sich um eine gütliche Einigung. Angerufen konnte der Gerichtshof aber nur von der Kommission oder dem Vertragsstaat, dem der Verletzte oder der Beschwerdeführer angehörte. Wurde der Gerichtshof nicht innerhalb von drei Monaten angerufen, entschied das Ministerkomitee, ob eine Konventionsverletzung vorlag oder nicht. An dieser Regelung wurde oftmals Kritik geübt, da im Falle einer Überschreitung der Drei-Monats-Frist, ein politisches Organ mit der rechtlichen Würdigung über Individualrechte betraut werden würde. Außerdem stieg die Zahl der Fälle laufend, so stieg die Anzahl, der jährlich registrierten Beschwerden von 404 im Jahre 1981 auf 4750 im Jahre 1997. Die Fälle, die dann tatsächlich vor den Gerichtshof gebrachten Beschwerden stiegen im gleichen Zeitraum von 7 auf 119. Aus diesen Gründen lag der Gedanke nahe die Kontrollmechanismen im Zuge des 11 ZP neu zu organisieren. Am 1. November 1998 trat das 11 ZP in Kraft. Maßgebender Inhalt war die Abschaffung der Menschenrechtskommission, wobei eine einjährige Übergangsperiode vorgesehen wurde, während derer die Kommission die Beschwerden bearbeitete, die sie vor dem 1. November 1998 für zulässig erklärt hatte. In den Jahren 1998 – 2001 stieg die Zahl der Beschwerden abermals um mehr als 100%.

Grundsätzlich wird zwischen drei Fallgruppen unterschieden: i) In der Ersteren handelt es sich um Fälle, bei denen durch polizeiliche²¹³ Übergriffe mutmaßliche Terroristen bzw tatsächliche Terroristen ihr Leben verloren. An Hand der Analyse der dargelegten Fälle soll die Entwicklung und Schwerpunktsetzung der Rsp der EKMR / des EGMR bei Beschwerden aufgezeigt werden, die den Tod eines vermeintlichen Terroristen als Anlass haben. Es folgen Beschwerden, in denen eine Verletzung des Art 2 behauptet wird auf Grund der Tötung eines mutmaßlichen Kriminellen²¹⁴ und ein Vergleich der Urteilspraxen des EGMR. ii) Die zweite Fallgruppe setzt sich mit der aus der positiven Schutzpflicht des Staates entspringenden Gewährleistungsfunktion auseinander, für den Schutz der Menschen vor Terrorismus durch dessen Abwehr und strafrechtliche Ahndung sowohl Verdächtiger als auch sonst Betroffener zu sorgen. Im Vergleich dazu wird eine Beschwerde besprochen, welche sich ebenfalls mit der positiven Schutzpflicht des Staates auseinandersetzt, jedoch keinen Bezug zu Terrorismus aufweist. Es wird dabei insbesondere darauf eingegangen, unter welchen Voraussetzungen der EGMR es für notwendig erachtet, dass Staaten präventive Schutzmaßnahmen ergreifen. In einem Exkurs wird an Hand einer weiteren Beschwerde wegen Verletzung der positiven Schutzpflicht bei Naturkatastrophen die Möglichkeit erörtert, analog zu den dort entwickelten Grundsätzen präventive Schutzmaßnahmen gegen terroristische Anschläge vor dem EGMR einzuklagen. iii) Die letzte Fallkonstellation beschäftigt sich mit einer Beschwerde deren Hintergrund die unabsichtliche Tötung von Zivilpersonen im Rahmen von anti-terroristischen Operationen ist. Auch dieser wird eine ähnliche Beschwerde ohne terroristischen Hintergrund gegenübergestellt. Fälle in denen wissentlich unschuldige Personen getötet wurden, um andere vor terroristischen oder auch nicht terroristischen Operationen zu retten, wurden bisher noch nicht vor dem EGMR verhandelt.

Bei den besprochenen Fällen iZm Terrorismus wird es sich größten Teiles um Beschwerden gegen Irland bzw das Vereinigte Königreich und die Türkei handeln, deren Landesgeschichte stark von Terrorismus geprägt ist. Zu Recht bestehen allerdings Bedenken, ob die damaligen Beschwerden und die daraus entwickelte Rsp des EGMR mit den heutigen Gefahren des Terrorismus in Einklang zu bringen ist. Unter

²¹³ Der Begriff „polizeiliche“ umfasst in dieser Arbeit sowohl tatsächlich polizeiliche, als auch Übergriffe durch Soldaten von Spezialeinheiten oder des Militärs. Gemein ist ihnen die Zurechenbarkeit zu dem jeweiligen Staat.

²¹⁴ Es handelt sich bei diesen Kriminellen nicht um Terroristen, wobei der Oberbegriff „Kriminelle“ eigentlich auch Terroristen miteinschließt.

Berücksichtigung der neuen „Methoden“ des Terrorismus und der unterschiedlichen Strukturen der Mitgliedstaaten - wie etwa Deutschland und die Türkei - ist die Heranziehung der „alten“ Rsp sicherlich fraglich, aber noch immer ständige Praxis²¹⁵ des EGMR.

V. A. 1. Fallgruppe I: Tötung mutmaßlicher Terroristen

EKMR, Entscheidung vom 13. Jänner 1993, Kelly gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 17579/90

Sachverhalt:

Am 18.1.1985 wurde der 17jährige Sohn des Bf, Paul Kelly, in Belfast von Soldaten des Ulster Defence Regiment getötet. Kelly war zusammen mit vier weiteren Jugendlichen in einem gestohlenen Ford Granada, welcher ihnen in West Belfast übergeben worden war, unterwegs. Von West Belfast aus fuhren sie in süd/östliche Richtung. Nahe des Wohnortes eines Mitglieds der Security Forces hielten die Jugendlichen an und machten Anstalten, ein Auto zu stehlen.

Die Beschreibung des ersten gestohlenen Wagens, jener mit welchem die Jugendlichen unterwegs waren, der ihnen in West Belfast übergeben wurde, und die Information, dass genau dieses KFZ in der Nachbarschaft eines Mitglieds der Security Forces gesehen wurde, wurden per Funk an die umliegenden Dienst habenden Einheiten übermittelt. Diese errichteten daraufhin Straßensperren. Kelly, der Fahrer des gestohlenen Wagens stoppte vor einer der Straßensperren und versuchte im Rückwärtsgang die Flucht zu ergreifen. Er kollidierte jedoch mit dem hinter ihm fahrenden Fahrzeug, woraufhin Kelly versuchte, die Straßensperre zu durchbrechen. Während des Fahrmanövers versuchten einige der Soldaten durch Winken und Rufen, Kelly dazu zu bringen, den Wagen anzuhalten, was dieser jedoch nicht tat. Nachdem die Jugendlichen in dem gestohlenen Wagen die Straßensperre durchbrochen hatten, eröffneten die Soldaten das Feuer und töteten Kelly.

²¹⁵ ZB: EGMR, U 27.2.2007, *Akpınar u. Altun* gg Türkei, Nr 56760/00 oder EGMR, U 24.2.2005, *Isayeva, Yusupova u Bazayeva* gg Russland, Nr 57947/00, 57948/00 und 57949/00.

Behauptungen des Bf:

Der Bf machte geltend, dass es sich bei der Tötung ihres Sohnes um eine ungerechtfertigte Verletzung des Art 2 handle. Die Soldaten hätten Gewalt angewendet, ohne dass eine spezielle kriminelle Handlung vorgelegen oder eine lebensbedrohliche Gefahr von den Jugendlichen ausgegangen wäre.

Behauptungen der Regierung:

Diese bestritt jegliche Verletzungen des Art 2 aufgrund des Ausnahmetatbestandes des Art 2 Abs 2 lit b. Die handelnden Soldaten wären davon ausgegangen, dass es sich bei den Insassen des gestohlenen Wagens, um Terroristen handle. Diese Vermutung wäre durch die Tatsache erhärtet, dass es sich um einen gestohlenen Wagen gehandelt habe, und dass dieser in der Nachbarschaft eines Mitglieds der Security Forces gesehen wurde. Darüber hinaus hätten die Soldaten versucht, den Fahrer des Wagens durch gelindere Mittel, wie zB die Straßensperren, zum Anhalten zu bewegen. Erst nachdem der Wagen die Straßensperren durchbrochen hatte, habe man das Feuer eröffnet, da die Soldaten ansonsten die Insassen des gestohlenen Wagens hätten entkommen lassen müssen.

Bericht der EKMR:

Die EKMR kam in ihren Überlegungen zu dem Ergebnis, dass die Soldaten von ihrer Schusswaffe Gebrauch gemacht hätten, um eine „ordnungsgemäße Festnahme“ gem Art 2 Abs 2 lit b durchzuführen. Hinzu kam, dass die Sicherheitsbehörde in der Annahme war, es handle sich bei den Autoinsassen um Terroristen, welche an der Ausführung von terroristischen Aktivitäten gehindert werden müssen. Da weder die Straßensperre noch das Zurufen oder Winken den Fahrer des Wagens zum Anhalten bewegen konnten, war auch in den Augen der EKMR der Gebrauch der Schusswaffe die einzige Möglichkeit, das Auto zu stoppen. Ferner stellte die EKMR fest, dass die Soldaten mit einer Situation konfrontiert waren, auf die sie sich in keiner Weise vorbereiten konnten. Mit Berücksichtigung der Vergangenheit Nordirlands, die so aussah, dass terroristische Anschläge fast als Erscheinungen des täglichen Lebens bezeichnet wurden, in Verbindung mit dem Verhalten der Insassen des gestohlenen Wagens ist die Entscheidung der Soldaten, das Feuer zu eröffnen, insbesondere gezielt auf den Fahrer zu schießen, als gerechtfertigt anzusehen, auch wenn damit das Risiko von schweren Verletzungen bis zur Tötung eingegangen wurde.

„The situation facing the soldiers, however, had developed with little or no warning and involved conduct by the driver putting them and others at considerable risk of injury. Their conduct must also be assessed against the background of the events in Northern Ireland, which is facing a situation in which terrorist killings have become a feature of life. In this context the Commission recalls the judge's comments that, although the risk of harm to the occupants of the car was high, the kind of harm to be averted (as the soldiers reasonably thought) by preventing their escape was even greater, namely the freedom of terrorists to resume their dealing in death and destruction.“²¹⁶

Die EKMR erklärte die Beschwerde für unzulässig, da die Tötung von Paul Kelly nach Art 2 Abs 2 lit b als gerechtfertigt anzusehen wäre.

EGMR, Urteil vom 27. September 1995, McCann ua gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 18984/91

Der „Gibraltar-Fall“ ist einer der „leading cases“ im Bereich der Terrorismusbekämpfung. Dies insbesondere aus dem Grund, dass der EGMR in seinem Urteil eine Verletzung von Art 2 durch antiterroristische Maßnahmen feststellte. Das Urteil rief in Großbritannien sowohl in der Regierung als auch in der Öffentlichkeit heftige Reaktionen hervor.²¹⁷

Sachverhalt:

Anfang März 1988 wurde den Behörden des Vereinigten Königreichs, Spaniens und Gibaltars zur Kenntnis gebracht, dass die Provisional IRA einen Terroranschlag auf Gibraltar vorhabe. Laut der Informationen sollte das konkrete Ziel der Wachwechsel des Royal Anglian Regiment werden. Nach den nachrichtendienstlichen Beurteilungen der britischen und spanischen Behörden plane die IRA ein Attentat mit Hilfe einer Autobombe, welche möglicherweise durch eine Fernzündung zur Detonation gebracht werden sollte. Am 4.3.1988 wurde mitgeteilt, dass eine „aktivistische Einheit“ in Spanien gesichtet worden war. Ein Regiment der britischen Streitkräfte, Special Air Service (SAS)²¹⁸, sollte die Mitglieder der IRA Einheit festnehmen, die bereits als Daniel McCann, Mairead Farrell und Sean Savage identifiziert worden waren, sobald sie das KFZ nach Gibraltar gebracht hätten, um die notwendigen Beweise für das nachfolgende Gerichtsverfahren zu sichern.

²¹⁶ EKMR, E 13.1.1993, *Kelly gg das Vereinigte Königreich*, Nr 17579/90.

²¹⁷ *Joseph*, Denouement of the Deaths on the Rock: the Right to Life of Terrorists, NQHR 1996, 5.

²¹⁸ Die britische Regierung verfolgte mit der Entsendung dieser Spezialtruppe, die sich durch ihre besonders harte Ausbildung von anderen Gruppen unterscheidet, das politische Ziel ihre Entschlossenheit gegenüber den Terroristen zu demonstrieren; siehe *Urban*, Big Boy's Rules (1992) 6f.

Die drei Verdächtigen überschritten ungestört am Morgen des 6.3.1988 die Grenze Spanien/Gibraltar und wurden von da an, in einer großangelegten Operation überwacht. Im Zuge der Überwachung wurde Savage in Gibraltar beobachtet, wie er gerade im Begriff stand, sein KFZ auf einem Parkplatz, nahe dem vermuteten Anschlagort abzustellen. Nachdem Savage den Wagen auf dem Parkplatz abgestellt hatte, stieg er aus und „hantierte“ am Kofferraum herum. Am gleichen Tag waren auch McCann und Farrell gesichtet worden, wie sie das Auto von Savage beobachteten.

Ein Bombenexperte, der sich mehrere Meter von dem Wagen entfernt befand, erklärte nach einer cursorschen visuellen Überprüfung desselben, dass es sich um eine mögliche Autobombe handeln könnte. Es wurde entschieden, die drei Verdächtigen festzunehmen. Die drei Iren, die sich in der Zwischenzeit getroffen und gemeinsam das KFZ verlassen hatten, trennten sich. McCann und Farrell gingen gemeinsam weiter. Alle Drei wurden von britischen Soldaten verfolgt. Als sich McCann umdrehte, zog einer der Soldaten seine Waffe und forderte McCann und Farrell auf, stehen zu bleiben. „McCann bewegte seine Hand quer über seinen Körper, und Farrell machte eine plötzliche Handbewegung zu ihrer Handtasche.“²¹⁹ Daraufhin erschossen die Soldaten beide aus kurzer Distanz.

Savage, der auch verfolgt wurde, drehte sich auf Grund der Schüsse um und entdeckte die Soldaten. Daraufhin wurde auch er zum Stehen bleiben aufgefordert und die Soldaten zogen ihre Waffen. „Savage bewegte seine rechte Hand in Richtung seiner Hüfte.“²²⁰ Die Soldaten töteten ihn aus nächster Nähe.

Die gerichtsmedizinische Untersuchung ergab, dass Farrell von acht Projektilen, McCann von fünf und Savage von sechzehn getroffen wurde. Weder an den Leichen noch an deren Kleidungsstücken noch in der Handtasche von Farrell wurden Fernzündler gefunden. In dem KFZ von Savage wurden keinerlei Spuren von Sprengstoff festgestellt, jedoch entdeckten die Behörden in einem Wagen in Marbella, Spanien, 64 kg Semtex Sprengstoff, eine große Menge an Munition und zwei Zeitzündler. Der Wagen war von Farrell unter falschem Name gemietet worden.

²¹⁹ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, ÖJZ 1996, 10.

²²⁰ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, ÖJZ 1996, 10.

Behauptungen der Bf:

Die Eltern von McCann beschwerten sich nach Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs beim EGMR. Sie erklärten, dass die Tötungen ihres Sohnes, von Farrell und Savage, Verletzungen des Art 2 darstellten, die das Ergebnis von Inkompetenz und Nachlässigkeit bei der Planung und Ausführung der Antiterroroperation gewesen seien; es sei nie eine ordentliche Abwägung zwischen der Notwendigkeit der Tötungen und dem Recht der Verdächtigen auf Leben vorgenommen worden. Die Bf behaupteten ferner, dass es einen vorsätzlichen Plan gegeben habe, die Verdächtigen zu töten; bereits die Tatsache, dass die SAS mit dem Einsatz betraut wurde, zeige, dass die Tötungen beabsichtigt waren. Darüber hinaus sei das nachfolgende Verfahren als Untersuchungsmechanismus nicht tauglich gewesen.

Behauptungen der Regierung:

Die Operation „Flavius“ hätte die Festnahme der Verdächtigen zum Ziel gehabt. Eine Festnahme bei der Grenze wäre jedoch zu früh gewesen, da zu diesem Zeitpunkt kein ausreichendes Belastungsmaterial vorgelegen wäre, um eine Verurteilung zu garantieren. Dass die Terroristen schließlich getötet wurden, könne niemandem zum Vorwurf gemacht werden, da die Soldaten aus der Notwendigkeit heraus gehandelt hätten, Menschen gegenüber einer rechtswidrigen Gewaltanwendung iSd Art 2 zu verteidigen. Jeder einzelne Soldat habe innerhalb von Sekunden eine Entscheidung treffen müssen, immer mit dem Hintergedanken, dass eine große Anzahl von Menschen von dieser Entscheidung betroffen sein könnten. Die Handbewegungen der Verdächtigen, nachdem sie die Soldaten bemerkt und diese sie aufgefordert hatten, stehen zu bleiben, ließ die Soldaten glauben, dass die Verdächtigen versuchen würden, die vermeintliche Autobombe zu zünden. Aus ihrer Sicht sei es notwendig gewesen, so lange zu schießen, bis die Verdächtigen physisch nicht mehr in der Lage gewesen wären, durch die Betätigung der Fernzündung die Autobombe zur Detonation zu bringen.

Außer Streit stand, dass alle vier Soldaten in der Absicht, die Terroristen zu töten, geschossen hatten.

Bericht der EKMR:

Die EKMR erklärte die Beschwerde für zulässig, verneinte in ihrem abschließendem Bericht aber eine Verletzung des Art 2 mit elf zu sechs Stimmen. Ihrer Meinung nach war

eine Subsumierung des Sachverhaltes unter Art 2 Abs 2 lit a unter den gegebenen Umständen vertretbar. Die britischen Behörden wären aufgrund der Verpflichtung, das Leben der Bewohner von Gibraltar zu schützen, dazu gezwungen gewesen die mutmaßlichen Terroristen zu töten. Die EKMR führte dazu aus:

„First, a policy of shooting to kill terrorist suspects in preference to the inconvenience of resorting to the procedures of criminal justice would be in flagrant violation of the rights guaranteed under the Convention. A terrorist who is suspected of having committed or of intending to commit an act of violence continues to enjoy the protection of the right to life guaranteed by Article 2 (Art. 2) of the Convention and the right to a fair trial in the determination of any criminal charges brought against him or her a guaranteed under Article 6 (Art. 6) of the Convention.

Second, the Commission recognizes that the United Kingdom owed a responsibility not only to the three terrorist suspects in this case but was also under a positive obligation with respect to safeguarding the lives of the people in Gibraltar. The existence of any risk and the extent of such risk to other persons must therefore be given particular significance when assessing the necessity for the use of lethal force in this case, and whether the action taken was strictly proportionate to that risk.²²¹

Die EKMR schenkte der Behauptung der Bf, die Soldaten hätten von vornherein eine Tötung der drei Verdächtigen im Sinn gehabt, keinen Glauben und wiesen diese zurück. Als ungewöhnlich stufte die EKMR aber die Tatsache ein, dass die Soldaten, aufgrund der schnellen Bewegungen der Verdächtigen, sofort das Feuer mit der Absicht eröffneten, die mutmaßlichen Terroristen zu töten. Es wurde daher auch die Frage eines Organisationsverschuldens von der EKMR geprüft.

„Having regard therefore to the possibility that the suspects had brought in a car bomb on 6 March, which if detonated would have occasioned the loss of many lives and the possibility that the suspects could have been able to detonate it when confronted by the soldiers, the Commission finds that the planning and execution of the operation by the authorities does not disclose any deliberate design or lack of proper care which might render the use of lethal force against McCann, Farrell and Savage disproportionate to the aim of defending other persons from unlawful violence. Consequently, the Commission is satisfied that the deprivation of life resulted from the use of force that was no more than "absolutely necessary" for that purpose.“²²²

Mit 11 zu 6 Stimmen erkannte die EKMR die Tötungen als gerechtfertigt iSd Art 2 Abs 2 lit a an.

Abweichende Meinungen:

Die Kommissionsmitglieder Trechsel und Ermacora erklärten, mit der Entscheidung der EKMR nicht einverstanden zu sein. Sie wiesen darauf hin, dass es den Soldaten möglich

²²¹ B 18984/91, Z 206f.

²²² B 18984/91, Z 250.

gewesen sei, die drei Verdächtigen in einer Art und Weise zu überwachen, dass sichergestellt hätte werden können, ob sich in dem vermeintlichen Auto tatsächlich eine Bombe befindet oder nicht. Darüber hinaus wären die Soldaten darüber in Kenntnis gewesen, dass ein Fernzünder wegen seiner Größe nur in der Handtasche von Farrell hätte gewesen sein können; eine Verletzung der Verdächtigen, zumindest von McCann und Savage, wäre als Selbstschutz daher ausreichend gewesen. Bezüglich der Tötung von Savage gaben Trechsel und Ermacora zu bedenken, dass dieser, nachdem er die Schüsse auf McCann und Farrell vernommen hatte, die Bombe ja hätte zünden können, was er jedoch nicht getan hat.

Das irische Kommissionsmitglied J. Liddy gemeinsam mit den Mitgliedern Reffi und Nowicki erklärte ferner, dass die Regierung in ihren Vorbereitungen eventuelle alternative Handlungsmöglichkeiten der drei Verdächtigen überhaupt nicht näher in Betracht gezogen hätten.

Die Beschwerde wurde vor den EGMR gebracht.

Urteil des EGMR:

Nach einer allgemeinen Ausführung zu der Interpretation der EMRK unterstrich der EGMR zunächst die Bedeutung des Rechts auf Leben und betonte besonders die strenge Prüfungspflicht der Tötungshandlung und aller Umstände, die zu dieser geführt hatten. Als wesentlichste Frage hob der GH die Verhältnismäßigkeit der staatlichen Reaktion auf die „vermeintliche“ Bedrohung durch die IRA hervor.

Hinsichtlich der Behauptung der Bf, die Tötungen seien von vornherein vorsätzlich geplant gewesen, entschied der EGMR nach eigener Prüfung, dass es nicht erwiesen sei, dass auf welcher Ebene auch immer ein Hinrichtungskomplott bestanden habe, oder dass den handelnden Soldaten schon im Vorfeld der Befehl erteilt wurde, die Verdächtigen in jedem Falle zu töten. Auch ein eigenständiger Entschluss der Soldaten in diese Richtung konnte nicht festgestellt werden. Der Einsatz der SAS alleine sei kein Indiz für eine beabsichtigte Tötung, da es sich bei der SAS um eine speziell zur Bekämpfung des Terrorismus ausgebildete Einheit handle. Im Lichte der vorangegangenen Warnung wäre ihr Einsatz daher nicht weiter erklärungsbedürftig, insbesondere iZm den Täterprofilen, der Aussage des Bombenexperten und der Tatsache, dass Savage dabei beobachtet wurde,

wie er an dem KFZ „herumhantierte“. All dies erhärte die Vermutung, dass die Soldaten vor Ort tatsächlich glaubten, in dem Wagen sei eine Bombe, deren Detonation nur durch die sofortige Tötung der Verdächtigen verhindert werden könne. Der EGMR kam in seinem Ergebnis zu der Feststellung und folgte damit der Entscheidung der EKMR, dass die Tötung der drei Verdächtigen nicht vorsätzlich geplant erfolgte. Auch die behauptete Unzulänglichkeit der Ermittlungen nach der Tötung der Verdächtigen, lehnte der EGMR ab. Die Regierung habe alles getan, um den Verlauf der Tötungen und wie es dazu hatte kommen können herauszufinden.

Bei seiner Bewertung der Behauptungen der Regierung und der Bf iZm der Planung und Durchführung der antiterroristischen Operation stellte der GH zunächst die schwierige Situation der Regierung bzw der Soldaten fest. Die Tatsache, dass die Regierung über einen möglichen terroristischen Angriff in Gibraltar informiert war und vor dem Dilemma stand, einerseits das Leben der dort befindlichen Zivilbevölkerung zu schützen und andererseits mit möglichst wenig und nur „erforderlicher Gewalt“ gegen eine terroristische Vereinigung vorzugehen, die dafür bekannt ist bzw war, dem menschlichen Leben, und zwar auch dem seiner Mitglieder keinen hohen Stellenwert zuzuordnen. Mit diesem Hintergrundwissen sei es eine wesentliche Aufgabe der Sicherheitsbehörden gewesen, alle möglichen Vorkehrungen bei Planung und Durchführung der Operation zu treffen, um die Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs sowohl auf der einen als auch auf der anderen Seite zu minimieren.

Zu der Planung und den Handlungen der Soldaten, die die tödlichen Schüsse abgaben, meinte der GH:

„The Court accepts that the soldiers honestly believed, in the light of the information that they had been given, as set out above, that it was necessary to shoot the suspects in order to prevent them from detonating a bomb and causing serious loss of life (see paragraph 195 above). The actions which they took, in obedience to superior orders, were thus perceived by them as absolutely necessary in order to safeguard innocent lives.

It considers that the use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 (art. 2-2) of the Convention may be justified under this provision (art. 2-2) where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and his law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others.

It follows that, having regard to the dilemma confronting the authorities in the circumstances of the case, the actions of the soldiers do not, in themselves, give rise to a violation of this provision (art. 2-2).²²³

Danach wandte sich der EGMR der Frage zu, ob die Organisation, Planung und Kontrolle der antiterroristischen Operation in Gibraltar als Gesamtheit und vor allem die Lagebesprechung am Vortag der Ereignisse mit genügend Respekt gegenüber den Schutzgarantien des Art 2, insbesondere mit dem erforderlichen Maß an Rücksicht gegenüber dem Leben der drei Verdächtigen durchgeführt worden war. In dem Zusammenhang übte der GH auch Kritik daran, dass die vermeintlichen Terroristen nicht bereits bei Überschreiten der Grenze festgenommen wurden, wobei er die Erklärung, dass die Regierung die Befürchtung hatte, zu diesem Zeitpunkt zu wenig belastendes Beweismaterial bei der Verdächtigen zu finden, als nicht nachvollziehbar ablehnte; dies besonders vor dem Hintergrund der möglichen Gefährdung von zahlreichen Zivilpersonen. Diese Fehleinschätzung der Gefahren erklärte der GH entweder als Folge einer mangelnden Kontrolle und Organisation der Operation oder aus der Tatsache, dass die Behörden wussten, dass in dem KFZ keine Autobombe war.

Besonderes Augenmerk legte der EGMR in seiner Entscheidung auf die Konkretisierung jenes Maßstabes, der bei der Beurteilung staatlicher Aktionen anzulegen sei, die auch nur möglicherweise eine Gefährdung des Lebens darstellen. Im Verhältnis zu den Art 8 bis 11 EMRK sei in solchen Fällen eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Der Eingriff in das Lebensrecht eines Menschen müsse sich zu dem Eingriffsziel zumindest streng proportional verhalten. Im Hinblick darauf, dass es sich bei dem „Eingriffsziel“ um die positive Schutzpflicht des Staates gem Art 2 Abs 1 erster Satz gehandelt habe, träfen den Konventionsstaat über die strenge Proportionalität hinausgehende Pflichten: Jeder Konventionsstaat hätte schon bei den Vorbereitungen, also im Vorfeld einer Operation, welche zur Tötung eines Menschen hätte führen können, Vorkehrungen treffen müssen, damit jede nicht unbedingt erforderliche Gewaltanwendung unterbleibt. Insbesondere bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer lebensgefährdenden Gewaltanwendung seien die staatlichen Behörden dazu verpflichtet, alle nach den Umständen des Einzelfalles möglichen Erwägungen anzustellen, um Fehler bei der Einschätzung einer Situation zu verhindern. Darüber hinaus treffe jeden Konventionsstaat die Pflicht, Situationen, in denen eine Gewaltanwendung unvermeidbar

²²³ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, Z 200.

werde, weder zu provozieren noch unnötig in Kauf zu nehmen. Im Fall McCann habe die britische Regierung nichts getan, um solche Situationen zu verhindern; im Gegenteil, mit der erlaubten Einreise der Terroristen, nahm die britische Regierung es hin, dass es zu einer lebensgefährdenden Gewaltanwendung kommen könne. Weiters wies der GH darauf hin, dass es trotz relativ sicherer Hinweise darauf, dass ein terroristischer Anschlag mit Hilfe einer Autobombe erfolgen sollte, es zu zahlreichen falschen Annahmen und Einschätzungen gekommen war.

„For example, since the bombing was not expected until 8 March when the changing of the guard ceremony was to take place, there was equally the possibility that the three terrorists were on a reconnaissance mission. While this was a factor which was briefly considered, it does not appear to have been regarded as a serious possibility (see paragraph 45 above).

In addition, at the briefings or after the suspects had been spotted, it might have been thought unlikely that they would have been prepared to explode the bomb, thereby killing many civilians, as Mr McCann and Ms Farrell strolled towards the border area since this would have increased the risk of detection and capture (see paragraph 57 above). It might also have been thought improbable that at that point they would have set up the transmitter in anticipation to enable them to detonate the supposed bomb immediately if confronted (see paragraph 115 above).

Moreover, even if allowances are made for the technological skills of the IRA, the description of the detonation device as a "button job" without the qualifications subsequently described by the experts at the inquest (see paragraphs 115 and 131 above), of which the competent authorities must have been aware, over-simplifies the true nature of these devices.“²²⁴

Der EGMR folgerte aus den vielen nicht beachteten Hypothesen, dass den Soldaten, die ihnen übermittelten Informationen als Fakten präsentiert wurden. In Verbindung mit der Ausbildung der SAS, welche nicht auf Warnschüsse, sondern auf Todesschüsse ausgerichtet ist, waren die Tötungen der drei Verdächtigen nahezu unvermeidlich.

IZm dem Ausmaß des Gebrauchs der Schusswaffen kam der EGMR aber nicht umhin, auch an den handelnden Soldaten Kritik zu üben. Auch wenn die Tötungen an sich aufgrund einer reinen Reflexhandlung der Soldaten erfolgten, so fehle ihnen dennoch das „Ausmaß“ an Vorsicht, welches von Exekutivorganen einer demokratischen Gesellschaft, selbst angesichts von Terrorismusverdächtigen erwartet werden könne.

Im Ergebnis bejahte der EGMR mit einer knappen Stimmenmehrheit von zehn gegen neun eine Verletzung des Art 2 wegen mangelnder Kontrolle und schlechter Organisation

²²⁴ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, Z 208.

der antiterroristischen Operation. Eine Entschädigung wurde den Bf aber nicht zugesprochen, da schließlich die Getöteten einen Bombenanschlag geplant hätten.

Abweichende Meinungen:

Es dürfe nicht vergessen werden, dass einzig die drei Verdächtigen wussten, was sie vorhatten, und dieser Zustand auch gewollt von ihnen so herbeigeführt worden war. Den Sicherheitsbehörden, die unter einem enormem Druck standen, da sie wussten, es könne ein terroristischer Anschlag in Gibraltar geplant sein, die aber selbst nur bruchstückhafte Informationen dazu hatten, könne es nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass antiterroristische Operationen nicht immer genau geplant seien. Eine genaue Planung einer antiterroristischen Operation, wäre aufgrund von deren „gewöhnlichen“ Umständen so gut wie unmöglich.

Als zweites Argument brachten die nicht zustimmenden Richter vor, dass die „Mitschuld“ der drei Verdächtigen zu wenig Berücksichtigung im Urteil des EGMR gefunden habe; es bestünde doch eine Pflicht der Mitgliedstaaten, das Leben ihrer Staatsbürger so gut wie nur möglich vor Terrorismus zu schützen.

„Of course, the obligation of the United Kingdom under Article 2 para. 1 (art. 2-1) of the Convention extended to the lives of the suspects as well as to the lives of all the many others, civilian and military, who were present in Gibraltar at the time. But, quite unlike those others, the purpose of the presence of the suspects in Gibraltar was the furtherance of a criminal enterprise which could be expected to have resulted in the loss of many innocent lives if it had been successful. They had chosen to place themselves in a situation where there was a grave danger that an irreconcilable conflict between the two duties might arise.“²²⁵

V. A. 1. a. Fallgruppe I: Analyse²²⁶

Beide hier besprochenen Fälle sind sowohl jeder für sich von großem juristischem Interesse als auch eine beispielhafte Darstellung der Entwicklung der Rsp des EGMR bei Beschwerden mit terroristischem Hintergrund. Zunächst wird nun kurz auf die Besonderheiten der Beschwerde *Kelly* gg das Vereinigte Königreich eingegangen, um

²²⁵ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, Joint Dissenting Opinion, Z 9.

²²⁶ Mit einbezogen wurden in diese Studie: u.a. *Kelly ua* gg das Vereinigte Königreich; *Grams* gg Deutschland; *Makaratzis* gg Griechenland; *Farrell* gg das Vereinigte Königreich; *Stewart* gg das Vereinigte Königreich.

dann in der Folge an Hand der Besprechung der Rechtsache *McCann* die Entwicklung der Rsp herauszuarbeiten.

Im Rahmen der Beschwerde *Kelly* gg das Vereinigte Königreich sah sich die EKMR gezwungen, den Rechtfertigungsgrund des Art 2 Abs 2 lit b heranzuziehen, während nach dem nationalen nordirischen Recht die Verhinderung einer Straftat als Rechtfertigungsgrund angesehen wird, sieht die EKMR einen solchen nämlich nicht vor.

Nach dem Wortlaut des Art 2 Abs 2 lit b muss die Festnahme „rechtmäßig“ durchgeführt werden. Wie bereits oben erläutert²²⁷ ist dies nach der nationalen Rechtsordnung, hier also dem nordirischen Recht bzw als äußerstem Rahmen nach Art 5 EMRK zu beurteilen. Da die Prüfung nach dem nordirischen Recht zunächst eine Darstellung und Erläuterung dessen voraussetzen würde, wird an dieser Stelle die „rechtmäßige“ Festnahme nur nach dem Konventionsrecht beurteilt. Kurz zusammengefasst muss für eine Festnahme iSd Art 5 EMRK ein hinreichender Tatverdacht vorliegen, welcher es notwendig erscheinen lässt, die Verdächtigen an einer strafbaren Handlung zu hindern, oder nach der Begehung einer solchen deren Flucht zu vereiteln. Die Informationen, auf denen die Annahme beruht, dass eine strafbare Handlung geplant sei, müssen konkret, spezifisch und ausreichend sein; die Straftat muss unmittelbar bevorstehen und hinreichend bestimmt sein.²²⁸ Im Fall *Kelly* argumentierte die Regierung damit, dass die Soldaten *Kelly* und seine Begleiter an der Begehung einer strafbaren Handlung hindern wollten; im nächsten Schritt ist daher zu prüfen, ob ein „hinreichender Tatverdacht“ vorlag, dass *Kelly* und seine Begleiter eine strafbare Handlung, nämlich terroristische Taten ausführen wollten. Die Soldaten vermuteten jedoch nur eine bevorstehende Straftat, basierend auf ihren Beobachtungen und Erfahrungswerten. Tatsächlich gab es aber keine eindeutigen Indizien, die dafür sprachen, dass eine terroristische Aktion geplant gewesen sei, und selbst bei Miteinbeziehung der diffizilen Lage in Nordirland zu dieser Zeit wäre Art 2 Abs 2 lit b als Rechtfertigungsgrund zu verneinen gewesen, da dies den Sicherheitsbehörden in Nordirland einen nicht angemessenen Spielraum einräumen würde. Unter Berücksichtigung des Gebots der engen Auslegung der Ausnahmetatbestände des Art 2, und dass selbst in Zeiten eines öffentlichen Notstandes eine Derogation des Rechts auf

²²⁷ Siehe Kap III. C. 2. b. 3.

²²⁸ *Frowein*, Art 5 EMRK, in: *Frowein/Peukert* (Hrsg) Europäische MenschenRechtsKonvention² (1996), Rn 81.

Leben nicht möglich ist, hätte das Ergebnis, im Gegensatz zu der Entscheidung der EKMR, die Feststellung einer Verletzung des Art 2 sein müssen.

Die Entscheidung des EGMR in der Sache *McCann* löste, wie bereits zu Beginn erwähnt, heftige Reaktionen aus. Der damalige Deputy Prime Minister *Hesseltine* bezeichnete das Urteil als lächerlich und sah darin eine Bestärkung von terroristischen Bewegungen.²²⁹ Es war das erste Mal in der Rsp des EGMR, dass der GH klar feststellte, dass auch für Terroristen die Schutzgarantien der EMRK gelten. Der bahnbrechendste Aspekt des Urteils liegt jedoch weniger in der Tatsache, dass auch für Terroristen das Recht auf Leben gilt, sondern in der darauf aufbauenden Feststellung eines „Organisationsverschuldens“. Beschäftigte sich der EGMR in der Rechtsache *Kelly* noch ausschließlich mit den Handlungen, die unmittelbar zu den Tötungen führten und den Tötungen an sich bzw der ihr nachfolgenden Untersuchung, so vergrößerte er sein Blickfeld im Fall *McCann* um die vorbereitenden Maßnahmen. Der GH fordert mit seiner neuen Rsp, dass bereits im Vorfeld alle Maßnahmen ergriffen bzw Provokationen vermieden werden müssen, um auch nur eine potentielle Tötung eines Menschen soweit wie möglich auszuschließen. Darüber hinaus legt er strengste Maßstäbe an die Genauigkeit bei der Planung und Durchführung von anti-terroristischen Aktionen. Die Schutzgarantie des Art 2 wird in seiner zeitlichen Komponente also ein gutes Stück ins Vorfeld einer sicherheitsbehördlichen Operation gerückt. Nicht zu übersehen sind bei dieser Entwicklung der Rsp aber die auch damit einhergehenden Probleme: Erstens ist die Erbringung von Tatsachen und Informationen, die einen Fehler in der Planung und Durchführung einer Operation beweisen, äußerst schwierig. Zweitens muss sich der GH mit komplexesten Polizei- und Militärstrategien auseinandersetzen und diese noch dazu beurteilen.²³⁰ Es drängt sich also die Frage auf, ob der EGMR mit der Neukreierung des sog „Organisationsverschuldens“ nicht einfach eine Möglichkeit schaffen wollte, nicht nur die handelnden Personen, sondern auch Personen, die in die Vorbereitungen einer sicherheitsbehördlichen Operation involviert sind, der Verantwortung für das Recht auf Leben zu unterstellen. Welche Motive aber auch immer für die Schaffung der Rechtsfigur „Organisationsverschuldens“ verantwortlich waren, die Vorverlagerung der Pflicht zur Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs ist als Entwicklung zu begrüßen, da gerade iZm Beschwerden mit terroristischen Hintergründen eine Beurteilung der Tötungshandlung an

²²⁹ *Janis/Kay/Bradley* (Hrsg), *European human rights law: text and materials*³ (2008) 146.

²³⁰ *Janis/Kay/Bradley* (Hrsg), *European human rights law: text and materials*³ (2008) 146.

sich in den wenigsten Fällen ausreichend und zufriedenstellend sein wird. Dies vor allem deswegen, weil der einzelne Soldat oder Sicherheitsbeamte, der sich einem, wenn auch bloß mutmaßlichen Terroristen gegenübersteht, in einer Situation, in der ein möglicher terroristischer Anschlag erfolgen könnte, ohne genaueste Planung und Organisation unter einem solchen Druck steht, dass in den meisten Fällen gem Art 2 Abs 2 lit a oder lit b eine beabsichtigte bzw unbeabsichtigte Tötung des mutmaßlichen Terroristen als gerechtfertigt anzusehen sein wird. Das Phänomen des „Organisationsverschulden“ kann also als eine Entwicklung in der Rsp des EGMR und damit auch in der Auslegung des Art 2 aufgrund von Beschwerden mit terroristischen Bezügen bezeichnet werden. Untermuert wird diese Theorie vom Fall *Andronicou u. Constantinou* gg. Zypern²³¹, dessen Anlass die Tötung von zwei Personen durch die Polizei im Zuge einer Geiselbefreiung war. Wie in der Rechtsache *McCann* unterliefen der Polizei im Vorfeld der Operation zahlreiche Fehler, die in der Folge zu dem Tod von zwei Menschen führten; Bezüge zu terroristischen Handlungen gab es keine. Während die EKMR die Grundsätze des *McCann* Urteils für anwendbar hielt, sah der EGMR kein Organisationsverschulden und lehnte eine Verletzung des Art 2 ab. Heute gehört die Rechtsfigur des Organisationsverschuldens zur ständigen Rsp des EGMR und wird als allgemein anerkannte Auslegung²³² des Art 2 gesehen.

IZm dem neuen Umgang des GH mit terroristischen Taten stellte *Klugmann* in seiner „Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte am Beispiel des Nordirland- und des Kurdenkonflikts“ die These auf, dass „die *McCann*-Entscheidung 1995...eine Wende der Rechtsprechung zu Art 2 zugunsten des Rechts auf Leben (mutmaßlicher) Terroristen“²³³ darstellt. In seinen Erläuterungen führt *Klugmann* zwei Argumente zur Untermuerung seiner These an: Erstens, in den Beschwerden, die zeitlich vor *McCann* vom EGMR entschieden wurden, sei in der Rsp des EGMR noch das Verständnis für die besonderen Schwierigkeiten der Terrorismusbekämpfung in demokratischen Gesellschaften spürbar, danach nicht mehr; zweitens, belägen die bereits zur Regelmäßigkeit gewordenen Verurteilungen der Türkei wegen Verletzungen des Art 2 den „offeneren Umgang“ der Rsp mit dem Recht auf Leben iS einer verstärkten

²³¹ EGMR, U 9.10.1997, Nr 25052/94, siehe Kap V. A. 3. b.

²³² Siehe Kap III. B. 4.

²³³ *Klugmann*, Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen - Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte am Beispiel des Nordirland- und des Kurdenkonfliktes (2001) 165.

grundsätzlichen Bereitschaft, Staaten wegen Verletzungen des Art 2 zu verurteilen.²³⁴ Grundsätzlich ist der These *Klugmanns* zu folgen. Dabei dürfen aber zwei Dinge nicht übersehen werden: Der EGMR erstreckt zwar die Schutzgarantie des Art 2 auf die Vorbereitungshandlungen einer anti-terroristischen Operation - darin besteht sicherlich eine Wendung zugunsten des Rechts auf Leben von mutmaßlichen Terroristen - wenn aber das Phänomen des Organisationsverschuldens - wie oben dargestellt - eine Folge von Beschwerden mit terroristischem Hintergrund ist, dann nimmt der GH ja sehr wohl Rücksicht auf die besonderen Schwierigkeiten der Terrorismusbekämpfung. Die Tatsache, dass diese Schwierigkeiten in den *McCann* nachfolgenden Beschwerden nicht mehr so deutlich spürbar sind, ist eine Folge dessen, dass das Organisationsverschulden als ständige Rsp Akzeptanz gefunden hat und sein historischer Hintergrund somit nicht mehr erklärt wird.

Hätte der EGMR nicht den mutigen Schritt des „Organisationsverschulden“ gewagt, so hätte er dennoch bzw zusätzlich eine Verletzung des Art 2 in der Rechtssache *McCann* feststellen müssen: der GH erklärte in seinem Urteil selbst, dass die Schutzgarantie des Art 2 ohne verfahrensrechtliche Überprüfungsmöglichkeit ad absurdum geführt würde.²³⁵ Umso überraschender erscheint dann seine Entscheidung bezüglich der gerichtlichen Untersuchung des Vorfalles in Gibraltar. Auf den ersten Blick erscheint die Untersuchung ordnungsgemäß und ausreichend durchgeführt worden zu sein, bei genauerer Betrachtung zeigen sich aber zahlreiche Mängel, zB erhielten die Bf keine Kostenunterstützung, wurden bestimmte Zeugen nicht geladen, wurden Beweismittel von den Behörden nicht zur Verfügung gestellt und war einer der geladenen Zeugen Gerichtsdienstler, der schon aus beruflichen Gründen der Untersuchung beiwohnte.²³⁶ Warum der EGMR an dieser Stelle keine Verletzung des Art 2 erkannte, ist unverständlich.

Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass sich die Rsp des EGMR in bzw durch das *McCann* Urteil zugunsten der mutmaßlichen Terroristen durch die Erweiterung des

²³⁴ Auf das Argument, dass aus den zahlreichen Verurteilungen der Türkei wegen Verletzung des Art 2 ein offenerer Umgang der Rsp mit dem Recht auf Leben abgelesen werden kann, wird an dieser Stelle nicht eingegangen. Angemerkt wird jedoch, dass die regelmäßigen Verurteilungen der Türkei, nicht nur im Zusammenhang mit dem offeneren Umgang der Rsp mit Art 2 stehen, sondern, dass viele andere Faktoren auch dazu beitragen; wie zB ein verbreitetes Wissen über die Rechte der EMRK innerhalb der Bevölkerung; eine erstarrte Stellung des EGMR, die eine Beschwerdeführung auch sinnvoll machen etc.

²³⁵ EGMR, U 27.9.1995, *McCann ua* gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91, Z 161.

²³⁶ *Tweedie/Ward*, *The Gibraltar Shootings and the Politics of Inquest*, JLS 1989, 464f.

Schutzbereiches des Art 2 gewandelt hat. Dies ua aus der Notwendigkeit heraus, dass ansonsten die Tötung eines mutmaßlichen Terroristen zu einfach zu begründen gewesen wäre und daraus folgend eine große Missbrauchsgefahr bestünde. Der EGMR berücksichtigt in seiner Rsp gleichzeitig die besonderen Schwierigkeiten der Terrorismusbekämpfung.

V. A. 1. b. Fallgruppe I: Parallelen

Auffallend bei der Untersuchung der ersten Fallgruppe sind auch die Parallelen zwischen den einzelnen Fällen.

Parallelen der unterschiedlichen Sachverhalte:

- der **falsche Umgang mit Informationen**, entweder in der Weise, dass zu spät darauf reagiert wurde bzw die Informationen nicht genau geprüft wurden und sich diese dann als falsch herausstellten,
- daraus resultierende (scheinbare) **Voreingenommenheit** der Sicherheitsorgane,
- eine daraus erfolgende **überzogene Reaktion** der handelnden Personen, verbunden mit einem
- **übermäßigen Gebrauch der Schusswaffe**.
- Eine „shoot to kill“-Praxis, dh geplante absichtliche Tötungen von Terroristen durch staatliche Organe gibt es **grundsätzlich nicht**. Obwohl die Bf in einigen Fällen dezidiert eine solche der Regierung des jeweiligen Staates zum Vorwurf gemacht hatten. In jedem der Fälle sprach sich der EGMR jedoch dagegen aus. Trotzdem zeigt es, dass eine „shoot to kill“ Praxis in den jeweiligen Staaten **nicht völlig** von zumindest den Bf **ausgeschlossen** wird.

Die Parallelen der einzelnen Sachverhalte finden sich ausschließlich in den Verhaltensschemata der handelnden Sicherheitsorgane, unabhängig davon, ob es sich um ein Land mit einer sehr weit reichenden Vergangenheit in Bezug auf Terrorismus handelte, wie zB das Vereinigte Königreich, oder nicht. Es scheint eine Kettenreaktion vorzuliegen, beginnend damit, dass den Polizisten oder Soldaten mitgeteilt wird, es handle sich um Terroristen. Ob es sich tatsächlich um Terroristen handelte oder nicht, ist an dieser Stelle ohne Relevanz, da es für die Polizisten bzw Soldaten ausreichte zu

wissen, dass es sich um Terroristen handeln könnte. Ein Grund für das Verhalten der Sicherheitsbeamten ist sicherlich in der Ausbildung bzw in der schlechten Schulung im Umgang mit und dem lückenhaften Wissen über Terrorismus zu finden. An dieser Stelle muss hinzugefügt werden, dass in den letzten Jahren an der Verbesserung der Ausbildung speziell für den Kampf gegen den und die Verfolgung des Terrorismus sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene mit Erfolg gearbeitet wurde.

V. A. 1. c. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus - Tötung von mutmaßlichen Kriminellen

EGMR, Urteil vom 6. Juli 2005, Brady gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 43577/98

Sachverhalt:

Am Morgen des 23. April 1995 erhielt die Polizei Informationen darüber, dass James Frederick Brady gemeinsam mit Alan Barker einen Raubüberfall auf den Westerhope Excelsior Working Men's Club (WEWM) planen würden. Laut den Informationen der Polizei sollte der Überfall am gleichen Abend kurz nach Mitternacht in der Weise durchgeführt werden, dass die beiden Männer sich gewaltsam Zutritt zu dem Haus verschaffen, um dann den Vater des Stewart zu überwältigen und den Stewart zur Herausgabe des Geldes aus dem Safe zu zwingen. Der zuständige Polizeibeamte, Superintendent Austin, entschied sich, zum Schutz der Menschen innerhalb des Clubhauses und der agierenden Polizeibeamten Scharfschützen zum Einsatz zu bringen. Im Laufe des Vormittags wurden mehrere Besprechungen unter Hinzuziehung der Scharfschützen abgehalten. Aus der polizeilichen Akte Bradys ging hervor, dass in dessen Haus bereits ein abgesägtes Gewehr gefunden wurde und, dass Brady vom Militär Schiesstraining erhalten hat. Um die Mittagsstunden wurden weitere Details zu dem Raub bekannt: so war nun geplant, dass drei Männer über ein Fenster in der Küche in das Haus eindringen würden.

Alle Informationen berücksichtigend entwickelte die Polizei drei unterschiedliche Vorgehensweisen:

A. Die Eindringlinge innerhalb des Clubhauses mit Hilfe von bewaffneten Polizisten festzunehmen,

- B. die Umgebung des Clubhauses derart mit Polizisten abzudecken, dass die drei Verdächtigen von alleine ihren Plan aufgeben würden, oder
- C. die drei Männer an ihren Wohnadressen aufzusuchen und sie auf Grundlage der bereits vorliegenden Informationen festzunehmen.

Plan B. und C. wurde von den Beamten verworfen. Um 22:45 wurden in einer weiteren Besprechung die Richtlinien zum minimalen Gebrauch von Schusswaffen verlesen.

Noch vor Mitternacht gingen bewaffnete Beamte innerhalb und ein Back-up Team außerhalb des Clubhauses in Stellung. Kurz nach Mitternacht nahmen die Beamten auf der Straße vier schwarz gekleidete, mit Skimasken maskierte Männer wahr. Diese Beobachtung teilten sie auch ihren Kollegen innerhalb des Hauses mit. Die vier Männer drangen jedoch nicht sofort in das Haus ein. Erst 50min nach ihrem Eintreffen begannen die vier Männer sich, wie geplant, über das Küchenfenster Zutritt zu dem Haus zu verschaffen. PC Davidson, der Leiter des Teams innerhalb des Clubhauses, wartete, bis der dritte Mann in das Haus eingedrungen war, machte das Licht an und rief: „Bewaffnete Polizei! Stehen bleiben!“ Geplant wäre freilich gewesen, dass PC Davidson erst, nachdem alle vier Männer im Haus wären, mit der Festnahme beginnt. Der Polizeibeamte A und PC Bell, welche zum Zeitpunkt der Festnahme noch nicht an der ihnen zugeteilten Position waren, sondern in der Küche des Hauses, nahmen eine drohende Bewegung von Brady wahr. Beamter A hatte den Eindruck, Brady habe eine Waffe in seiner Hand. Daraufhin gab er einen Schuss ab und tötete Brady. Im Nachhinein wurde eine kleine schwarze Taschenlampe, jedoch keine Waffe in der Nähe der Leiche gefunden.

Behauptungen des Bf:

Der Bf erklärte, dass die Polizei, hätte sie den Raub verhindern wollen, die drei Verdächtigen bereits im Vorhinein hätte festnehmen können. Ein Waffengebrauch wäre folglich nicht „unbedingt erforderlich“ gewesen. Darüber hinaus sei die Operation schlecht geplant gewesen, da eine Panikreaktion der vier Männer auf den überraschenden Angriff der Polizei innerhalb des Hauses ebenso wie auf den Waffengebrauch der Polizei vorhersehbar gewesen sei. Weiters machte der Bf geltend, dass die Polizei nicht erst am 23. April 1995 von dem geplanten Raub erfuhr, sondern schon sechs Tage davor. Eine ordentliche Planung wäre daher möglich gewesen.

Behauptungen der Regierung:

Der Polizeibeamte A sah in der Bewegung des Verstorbenen eine Bedrohung für sein Leben. Unter Berücksichtigung des Informationsstandes des Beamten A über die Ausbildung von Brady beim Militär und über den geplanten Gebrauch einer Waffe während des Überfalls, gepaart mit den schlechten Lichtverhältnissen sei die Reaktion von A gerechtfertigt gewesen.

Bezüglich der Planung der Operation sei festzuhalten, dass die Polizei unterschiedliche Vorgehensweisen in Betracht gezogen hätten. Man habe Plan B. und C. verworfen, weil Plan B. uU nur dazu geführt hätte, dass die Männer sich ein anderes Ziel ihres Überfalls gesucht hätten und Plan C uU für eine Verurteilung zu wenig Beweise erbracht hätte.

Entscheidung des EGMR:

Zunächst stellte der EGMR fest, dass unter den gegebenen Umständen der Aussage des Polizeibeamten A, dass er den Eindruck hatte, sein Leben würde bedroht, Glauben zu schenken und folglich die Tötung von Brady iSv Art 2 Abs 2 lit a als gerechtfertigt anzusehen ist.

Bezüglich der Planung und Durchführung der Festnahme führt der GH aus, dass die Vorgehensweise der Polizei in keiner Weise unverantwortlich war.

„Nor is the Court persuaded that the plan in itself rendered the use of lethal force either inevitable or highly probable. In any circumstances, an arrest planned against robbers who are armed or suspected of being armed will involve some risk that shooting will take place or that police officers will find themselves in a position in which they believe that their lives are in danger. While it appears that the team leader called for the arrest at an earlier moment than planned and before the others were in position, the Court does not find that this rendered the execution of the operation incompatible with the requirements of the Convention. Operations of this kind inevitably require a certain amount of flexibility of response to evolving circumstances. Errors of judgment or mistaken assessments, unfortunate in retrospect, will not *per se* entail responsibility under Article 2 of the Convention.“²³⁷

Des Weiteren erklärte der EGMR das aus den Fakten des Falles sich nicht ableiten lässt, dass die Polizeibeamten zu irgendeinem Zeitpunkt etwas anderes wollten als die Festnahme der vier Männer. Die Gewaltanwendung des Polizeibeamten A ist daher als „unbedingt erforderlich“ und gerechtfertigt iSd Art 2 zu beurteilen.

²³⁷ EGMR, U 6.7.2005, *Brady* gg das Vereinigte Königreich, Nr 43577/98, 9.

EGMR, Urteil vom 8. Jänner 2009, Leonidis gegen Griechenland, ApplNr 43326/05

Sachverhalt:

In den frühen Morgenstunden des 25. März 2000 befand sich der 18jährige Sohn des Bf, Nikolaos Leonidis gemeinsam mit zwei Freunden in der Altstadt von Thessaloniki. Zur gleichen Zeit waren auch die nicht uniformierten Polizeibeamten G.A. und C.T. in einer Zivilstreife in der Altstadt von Thessaloniki unterwegs. Die Polizeibeamten bemerkten die drei jungen Männer, welche freilich keinerlei Auffälligkeiten zeigten. Nachdem der Wagen der Polizisten die Gruppe passiert hatte, sahen die Beamten, dass einer der drei jungen Männer der Zivilstreife nachsah. Aufgrund der Tatsache, dass in den Wochen davor mehrere Überfälle in Thessaloniki verübt worden waren, entschlossen sich die Polizeibeamten die Identität der Männer zu überprüfen. In dem Moment, in welchem der Wagen mit den Polizisten zurücksetzte, liefen die drei Männer davon. Die Polizeibeamten verließen ihren Wagen und verfolgten die Flüchtenden. Nach wenigen Metern trennte sich die Gruppe und die jungen Männer liefen in unterschiedliche Richtungen. Der Beamte G.A. nahm die Verfolgung von Leonidis auf. Letzterer steckte seine Hand in die Tasche seiner Jacke, woraufhin G.A. in der Annahme, dass Leonidis eine Waffe bei sich habe, seine Dienstpistole zog und den Flüchtenden dazu aufforderte stehenzubleiben. Bei der Dienstpistole handelte es sich um einen geladenen 357 Smith und Wesson Revolver ohne Sicherung. Leonidis, der dem Befehl nicht Folge leistete, stolperte, so dass der Beamte G.A. ihn mit seiner linken Hand zu fassen bekam. G.A. drückte Leonidis gegen einen parkenden Wagen und versuchte ihm Handschellen anzulegen, wobei er in seiner rechten Hand noch immer den Revolver mit dem Lauf Richtung Himmel hielt. In diesem Moment versetzte Leonidis dem Beamten einen heftigen Stoß mit seinem Ellbogen, woraufhin der Beamte nach vorne sackte. Gleichzeitig löste sich ein Schuss aus der Dienstwaffe von G.A., welcher Leonidis seitlich in den Kopf traf und diesen auf der Stelle tötete. Im Folgenden erhob der Bf zivilrechtliche Schadenersatzansprüche, welche ihm von dem zuständigen griechischen Gericht auch zugesprochen wurden. Das Strafgericht hingegen sah die Schuld für die Tötung von Leonidis nicht bei dem Polizeibeamten G.A., sondern vielmehr bei Leonidis selbst. Auf Grund dieses Urteils folgten auch keine disziplinarischen Schritte gegen G.A.

Behauptungen des Bf:

Der Bf machte geltend, dass die Tötung seines Sohnes ungerechtfertigt und damit eine Verletzung des Art 2 darstelle. Die Tötung seines Sohnes sei das Ergebnis eines nicht notwendigen exzessiven Schusswaffengebrauchs durch den Polizeibeamten G. A. gewesen. Es könne dem Verstorbenen weder eine spezielle kriminelle Handlung vorgeworfen werden, noch dass eine lebensbedrohende Gefahr von ihm ausgegangen wäre. Darüber hinaus wäre die nachfolgende polizeiliche Untersuchung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Behauptungen der Regierung:

Der Bf habe bereits von einem griechischen Zivilgericht eine Kompensation zugesprochen bekommen. Eine Beschwerde an den EGMR sei daher nicht mehr zulässig. Abgesehen davon sei die Tötung von Leonidis nicht im Verantwortungsbereich des Polizeibeamten G. A. gelegen, da der tödliche Schuss sich nur aufgrund des plötzlichen Angriffs Leonidis' auf den Beamten G. A. gelöst habe. Nach dem Vorfall wurde sofort eine effektive Untersuchung - sowohl in Form eines strafrechtlichen Verfahrens, als auch einer administrativen Untersuchung - eingeleitet, die in kürzester Zeit Ergebnisse brachte.

Urteil des EGMR:

Der GH wandte sich zunächst der Behauptung, die Beschwerde sei wegen der bereits zugesprochenen Kompensation nicht zulässig, zu und wies diese zurück. Im Falle einer nicht gesetzmäßigen Gewaltanwendung, welche den Tod eines Menschen zur Folge hat, also eine Verletzung des Art 2 darstellt, kann nicht allein durch die Zusprache einer Kompensation abgegolten werden. Dadurch ermögliche ein Staat seinen Exekutivorganen ein willkürliches Handeln ohne jegliche Konsequenz für die Verantwortlichen.

Bezüglich der Tötungshandlung führte der EGMR allgemein aus, dass der Rechtfertigungsgrund der Festnahme nach Art 2 Abs 2 lit b nur dann das Leben eines Menschen gefährden darf, wenn es absolut notwendig ist.

„Accordingly, the legitimate aim of effecting a lawful arrest can only justify putting human life at risk in circumstances of absolute necessity. The Court considers that in principle there can be no such necessity where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and

is not suspected of having committed a violent offence, even if refraining from using lethal force may result in the opportunity to arrest the fugitive being lost²³⁸

In dem konkreten Fall war zu berücksichtigen, dass es sich um eine nicht geplante polizeiliche Aktion handelte und die Beamten als solche nicht erkenntlich waren. Des Weiteren war der Verstorbene weder einer kriminellen Handlung überführt gewesen, noch stand er unter einem konkreten Verdacht einer solchen. Die Tatsache, dass er vor den Beamten davonlief, impliziert nicht, dass Leonidis eine kriminelle Handlung getätigt hat. Die Frage, ob es notwendig war, mit der Dienstwaffe zu drohen, beantwortete der GH nicht. Jedoch steht es für den GH außer Frage, dass der Polizeibeamte G.A., nachdem er Leonidis zu fassen bekommen hatte, seine Dienstwaffe wieder in das Holster hätte zurück geben müssen. Das Verhalten des Beamten führt der EGMR auch darauf zurück, dass die griechischen Gesetze bezüglich des Gebrauchs von Waffen zum Zeitpunkt des Vorfalles obsolet und nicht den Gesetzen einer modernen demokratischen Gesellschaft entsprechend waren.

Es war daher eine Verletzung von Art 2 festzustellen.

Bezüglich der nicht ordnungsgemäßen Durchführung der Untersuchung, stellte der GH keine Verletzung von Art 2 fest.

V. A. 1. c. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischem Hintergrund

Bei den hier zum Vergleich stehenden Beschwerden handelt es sich zum einen um Tötungen von mutmaßlichen Terroristen und zum anderen um Tötungen von mutmaßlichen Kriminellen. Bei den Beschwerden mit terroristischem Hintergrund ist vor allem die Rsp in *McCann* gg das Vereinigte Königreich von Bedeutung, da - wie bereits erläutert - zwischen der Beschwerde *Kelly* und *McCann* bereits eine Entwicklung in der Rsp zu Bemerkungen ist. Um im Weiteren die Unterschiede in der Spruchpraxis herauszuarbeiten, werden zunächst die Gemeinsamkeiten der Sachverhalte kurz dargestellt:

²³⁸ EGMR, U 8.1.2009, *Leonidis* gg Griechenland, Nr 43326/05, 11, Z 55.

- *Kelly / McCann / Brady / Leonidis* - Der GH ging in keinem der Fälle davon aus, dass es sich um eine absichtliche Tötung handelt.
- *Kelly / Leonidis* - Die jeweiligen Behörden gingen fälschlicherweise davon aus, es handle sich um Terroristen / Kriminelle.
- *Kelly / Leonidis* - Die Operationen der jeweiligen Behörden waren ungeplant und entstanden spontan aus einer Situation heraus.
- *Kelly / Leonidis* - Die Tötungen erfolgten im Zuge einer versuchten Festnahme - Art 2 Abs 2 lit b.
- *Brady / McCann* - Die jeweiligen Behörden wussten von einem geplanten Verbrechen, warteten mit ihrem Einschreiten aber das Versuchsstadium ab, da sie ansonsten Gefahr liefen, zu wenig Beweise für eine erfolgreiche Verurteilung zu haben.
- *Brady / McCann* - Der Ablauf der Operationen verlief auf Grund eines Fehlers auf Seiten der jeweiligen Behörde nicht wie geplant.
- *Brady / McCann* - Die Tötungen erfolgten zum Schutz des eigenen Leben. Der GH stellte fest, dass die Tötungen iSd Art 2 Abs 2 lit a gerechtfertigt waren.

Eine Ähnlichkeit der unterschiedlichen Beschwerden im Hinblick auf den Geschehensablauf ist gut erkennbar. Neben diesen Gemeinsamkeiten weisen die Beschwerden natürlich auch zahlreiche Unterschiede auf, deren explizite Darstellung aber nicht notwendig ist. Im Folgenden werden auf die Unterschiede in den Sachverhalten nur dann eingegangen, wenn diese für die Entscheidungen der EKMR / des EGMR von Bedeutung waren.

Abgesehen von dem eindeutigen allgemeinen Unterscheidungsmerkmal des terroristischen Hintergrunds stechen die unterschiedlichen Zeitpunkte der Vorfälle - *Kelly / 1985; McCann / 1988; Brady / 1995; Leonidis / 2000* - und dass sich drei der vier Beschwerden gegen das Vereinigte Königreich, die letzte der Beschwerden aber gegen Zypern richtet, hervor. Diese Unterschiede sind bei einem Vergleich der Spruchpraxis der EKMR / des EGMR aber eigentlich zu vernachlässigen, da die grundsätzliche Auslegung des Art 2 sich unter Berücksichtigung der bereits besprochenen Entwicklungen kaum verändert hat und unabhängig vom beschwerten Staat angewendet werden sollte. Werden jedoch die Beschwerden mit terroristischem Hintergrund und jene ohne terroristischen Hintergrund einander gegenübergestellt, so ist hier ein Unterschied in der Spruchpraxis der EKMR / des EGMR iZm Zeit und Ort festzustellen. Wie bereits in den

vorangehenden Kapiteln besprochen, bezieht der GH bei Beschwerden mit terroristischem Hintergrund die Geschichte des beschwerten Staates und seine Situation zu dem betreffenden Zeitpunkt in seine Überlegungen mit ein. Im Gegensatz dazu wird dieser Aspekt bei den Beschwerden ohne terroristischen Hintergrund völlig außer Acht gelassen. Es ist also als erster Unterscheidungspunkt festzuhalten:

→ Berücksichtigung der Historie und gegenwärtigen Situation des beschwerten Staates.

In den Beschwerden *Kelly* und *Leonidis* kam es zu Tötungen von Menschen auf Grund der falschen Annahme, dass es sich um einen Terroristen / Kriminellen handle. In beiden Fällen versuchte die jeweilige Behörde den „Verdächtigen“ festzunehmen. Im Unterschied zur Beschwerde *Kelly* versuchte der Beamte im Fall *Leonidis* durch den Gebrauch der Waffe nicht aufzuhalten, da er ihn ja bereits in seiner Gewalt hatte. Die Tötung von *Leonidis* erfolgte aus einer fahrlässigen Handhabung der Dienstwaffe des Beamten. Interessant erscheinen jedoch die Ausführungen des EGMR zur Gewaltanwendung iSd Art 2 zur Durchführung einer Festnahme. Wie oben zitiert ist die unbedingte Erforderlichkeit einer Gewaltanwendung abhängig von der Tat („violent offence“) bzw ob eine Person eine Bedrohung für Leib und Leben darstellt oder nicht. Sind beide Punkte zu verneinen, so ist eine Gewaltanwendung nicht gerechtfertigt, selbst wenn die Gefahr besteht, die „verdächtige Person“ laufen lassen zu müssen. Im Vergleich zu der Beschwerde *Kelly* oder auch *Makaratzis* gg. Griechenland²³⁹ entsteht der Eindruck, dass der EGMR in seiner Rsp die Tatsache, dass es sich um einen Terroristen handeln könnte, für die unbedingte Erforderlichkeit einer Gewaltanwendung als ausreichend anerkennt, wobei es aber an einer genauen Definition „Terrorist“ mangelt.

→ Eine Gewaltanwendung nach Art 2 Abs 2 lit b wird bei mutmaßlichen Terroristen eher als unbedingt erforderlich angesehen als bei mutmaßlichen anderen Kriminellen.

Sowohl der Bf der Beschwerde *Brady* als auch die Bf der Beschwerde *McCann* behaupten eine nicht taugliche Planung und Durchführung der Operation. Die Tötungen hätten durch einen Zugriff der jeweiligen Behörden zu einem früheren Zeitpunkt vielleicht verhindert werden können. Der EGMR folgt in seinem Urteil zu *Brady* den

²³⁹ EGMR, U 20.12.2004, *Makaratzis* gg Griechenland, Nr 50385/99.

Angaben der Regierung, dass eine Festnahme vor dem Versuchsstadium zu keiner erfolgreichen Verurteilung geführt hätte. Im Gegensatz dazu verwirft er dieses Argument in der Beschwerde *McCann*. Der GH begründet dies in seinem Urteil in der Beschwerde *Brady* damit, dass es im Fall *McCann*, wenn die vermeintliche Autobombe detoniert wäre, zu einer sehr großen Anzahl von Opfern gekommen wäre, die Lage also an sich viel gefährlich war, die Soldaten davon wussten und darauf trainiert waren ihre Waffe zu gebrauchen, als in dem Fall *Brady*.

“This case must be distinguished from the *McCann* case, where the soldiers had been given erroneous information which led them to believe that the three IRA suspects were about to detonate a bomb, where the soldiers’ automatic recourse by training was to rapid, intense firing and where there had been a decision by the authorities to allow this apparently highly dangerous situation to develop by permitting the suspects to enter a densely populated area with a suspected explosive device”²⁴⁰

Auch wenn der EGMR an dieser Stelle sehr auf die Einzelheiten des *McCann* Falles eingeht, so lässt dieser Verweis doch darauf schließen, dass der GH auf die größere Gefährlichkeit von terroristischen Angriffen mit einer höheren Opferzahl in der Weise Rücksicht nimmt, dass er eine genauere Planung und eine präzisere Durchführung von Operationen von den jeweiligen Behörden verlangt.²⁴¹

→ Höherer Grad an Genauigkeit und Präzision bei der Planung und Durchführung von Operationen gegen terroristische Angriffe erforderlich.

V. A. 2. Fallgruppe II: Grenzen der positiven Schutzpflicht des Staates; Schutz der Bürger vor Terrorismus; Schutz der Terrorismussympathisanten

EKMR, Entscheidung vom 28. Februar 1983, W. gegen das Vereinigte Königreich, ApplNr 9348/81

Der Ehemann und der Bruder der Bf starben in den Jahren 1980 und 1981 im Zuge von Mordanschlägen der IRA.

²⁴⁰ EGMR, U 6.7.2005, *Brady* gg das Vereinigte Königreich, Nr 43577/98, 9.

²⁴¹ Der Aspekt der größeren Opferzahl ist zwar laut GH nur einer unter mehreren, die eine genauere Planung von antiterroristischen Operation begründen, trotzdem ist an dieser Stelle zu unterstreichen, dass der GH scheinbar eine Quantifizierungsabwägung vollzieht.

Behauptungen der Bf:

Art 2 Abs 1 erster Satz fordere von den jeweiligen Mitgliedstaaten, dass das Recht auf Leben nicht nur durch eine angemessene Strafverfolgung, sondern auch durch präventive Maßnahmen bis hin zur individuellen Protektion - falls diese erforderlich ist - geschützt werde. Da es der Regierung bekannt gewesen sei, dass es immer wieder zu Anschlägen durch die IRA komme, bei denen Menschen getötet werden, hätte die Regierung präventive Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz ihrer Staatsbürger treffen müssen.

Bericht der EKMR:

Die EKMR erörterte zunächst die „Opfereigenschaft“ der Bf gem Art 25 EMRK als Zulässigkeitsvoraussetzung. Aufgrund ihrer Stellung als Witwe und Schwester sprach die EKMR ihre diese aber zu. Im nächsten Schritt beschäftigte sich die EKMR mit der Frage, ob die Beschwerde überhaupt zulässig sei, da sowohl der Mann als auch der Bruder der Bf durch Terroristen, also Privatpersonen und nicht durch dem Staat zurechenbare Handlungen getötet wurden. Die Beschwerde aufgrund der Ermordung des Ehemannes, welche in der Republik Irland und nicht in Nordirland stattgefunden hatte, wies die EKMR wegen Unzuständigkeit *ratione loci* ab. Bezüglich der Tötung des Bruders erkannte die Kommission, dass diese wohl in den Verantwortungsbereich des Staates auf Grundlage des Art 2 falle, sie stimmte jedoch nicht der Argumentation der Bf zu, dass das Vereinigte Königreich dazu verpflichtet sei, das Recht auf Leben seiner Bürger durch individuelle Protektion über die ohnehin durchgeführten generellen antiterroristische Maßnahmen zu schützen:

„The Commission does not find that it can be its task, in its examination of the present applicant's complaint under Article 2, to consider in detail. As she appears to suggest, the appropriateness and efficiency of the measures taken by the United Kingdom to combat terrorism in Northern Ireland. The Commission cannot find that the United Kingdom was required under the Convention to protect the applicant's brother by measures going beyond those actually taken by the authorities in order to shield life and limb of the inhabitants of Northern Ireland against attacks from terrorists. Nor can it find that the applicant can under Article 2 require such further measures as regards her own protection. In this connection the Commission notes from the applicant's submissions that, while the peace-time army strength in Northern Ireland was 4 000 men, it currently stands at about 10 500 and that, between August 1969 and December 1981, several hundred members of the armed and security forces lost their lives there combatting terrorism.“²⁴²

Die Beschwerde wurde von der EKMR als unzulässig abgewiesen.

²⁴² EKMR, E 28.2.1983, W gg das Vereinigte Königreich, Nr 9348/81, 200, Z 14f.

EGMR, Urteil vom 28.März 2000, Mahmut Kaya gegen Türkei, ApplNr 22535/93

Der Bruder des Bf Hasan Kaya, Arzt des Gesundheitszentrums von Elazig, und sein Freund Metan Can, Anwalt der Elazig Human Rights Association, verschwanden am 21.2.1993 nahe ihres Wohnortes. Fünf Tage später wurden ihre Leichen 12 km außerhalb der Ortschaft Tunceli unter einer Brücke gefunden. Beide waren durch Kopfschüsse getötet worden. Es war den Sicherheitsbehörden bekannt, dass sowohl Kaya (durch ärztliche Versorgung) als auch Can die Organisation der PKK unterstützten; beide wurden deswegen des öfteren bedroht. Die gefährliche Lage der Sympathisanten der PKK ist in der Türkei bekannt. Wie durch Zeugenaussagen belegt wurde, war der Wagen, in welchem sich die gekidnappten Kaya und Can befanden, bei verschiedenen Checkpoints der Sicherheitsbehörden auf dem Weg von Elazig Richtung Tunceli gesehen worden.

Behauptungen des Bf:

Dieser behauptete, dass die Tötung seines Bruders und dessen Freundes von den türkischen Sicherheitsbeamten oder einer Gruppe, die von der Regierung gesponsert und ausgebildet werde, geplant und vollzogen worden war, bzw dass diese zumindest von den geplanten Tötungen wussten und nichts dagegen unternahmen. Aufgrund der positiven Schutzpflicht des Staates gem Art 2 Abs 1 erster Satz, wäre die Regierung dazu verpflichtet gewesen, präventive Maßnahmen zum Schutz des Lebens von Kaya und seinem Freund Can zu ergreifen.

Behauptungen der Regierung:

Die Regierung bestritt jegliche Verwicklung oder Wissen über die Planung oder Durchführung der Tötungen.

Urteil des EGMR:

Der EGMR stimmte den Behauptungen des Bf, dass die türkischen Sicherheitsbehörden in die Tötungen involviert waren, aus Mangel an Beweisen nicht zu. Der GH erklärte aber ferner, dass abgesehen davon unter gewissen Umständen aus der positiven Schutzpflicht des Art 2 Abs 1 erster Satz eine Verpflichtung des Staates entstehen kann, Maßnahmen zum Schutz von einzelnen Personen, deren Leben gefährdet ist, zu treffen. Er führte dazu folgendes aus:

„Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.“²⁴³

Der EGMR anerkannte folglich in seinem abschließendem Ergebnis eine Verletzung des Art 2, da die türkischen Sicherheitsbehörden trotz Kenntnis der Gefahr für das Leben von Kaya und Can, keine Vorkehrungen getroffen hatten, diese zu schützen.

V. A. 2. a. Fallgruppe II: Analyse

An Hand dieser Fallgruppe ist die vom Sachverhalt unabhängige, aber sich entwickelnde Auslegung und Interpretation des Art 2 in der Rsp des EGMR zu sehen. Der erst Fall spiegelt die „einfachere“ Variante wieder; Schutz der Zivilbevölkerung vor dem Terrorismus. Die EKMR entzieht sich in diesem Fall der Verantwortung, ein detailliertes Urteil über die Grenzen der positiven Schutzpflicht abzugeben; vielmehr konzentriert sie sich darauf zu erklären, anti-terroristische Maßnahmen und deren Effektivität nicht beurteilen zu können, wobei die Kommission es aber nicht verabsäumt, die Zahlen der eingesetzten Soldaten in Irland zu nennen und an die vielen gefallenen Soldaten zu erinnern, als ob Quantität auch gleich Qualität bedeute. Im Hinblick auf die - für gewöhnlich - sehr genaue Prüfung der Umstände und Auslegung der Schutzgarantien der EMRK, erscheint die Entscheidung überraschend knapp.

Der zweite Fall hat eine etwas komplexere Basis, nämlich den Schutz von Sympathisanten des Terrorismus. Der GH zieht in dieser Rechtsache erstmals die im Fall *Osman* gg das Vereinigte Königreich²⁴⁴ entwickelten Grundsätze in einer Beschwerde mit terroristischem Hintergrund heran. Im Gegensatz zu dem Fall *W.* gg das Vereinigte Königreich nimmt der EGMR zu der positiven Schutzpflicht und der daraus resultierenden Pflicht zur Setzung von präventiven Schutzmaßnahmen Stellung. Er geht sogar soweit, ein Prüfungsschema für derartige Fälle zu entwickeln. Die wichtigsten

²⁴³ EKMR, E 28.2.1983, *W* gg das Vereinigte Königreich, Nr 9348/81,20, Z 86.

²⁴⁴ EGMR, U 17.5.1996, *Osman* gg das Vereinigte Königreich, Nr 23452/94.

Fragen dabei sind, ob eine reelle Gefahr für das Leben einer Person besteht/bestand, ob die Behörden die Möglichkeit haben/hatten, die gefährdete Person zu schützen, und ob die Gewährleistung des Schutzes den Behörden zumutbar ist/gewesen wäre. Abschließend ist also festzustellen, dass aus der positiven Schutzpflicht des Art 2 ein Anspruch auf individuelle, präventive Schutzmaßnahmen entspringen kann. Dieser Anspruch kann sowohl dem vermeintlichen Terroristen gegenüber der Zivilbevölkerung, als auch der Zivilperson gegenüber Terroristen bzw dem Terrorismus zukommen.

V. A. 2. b. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus - positive Schutzpflicht

EGMR, Urteil vom 8. November 2005, Gongadze gegen die Ukraine, ApplNr 34056/02

Sachverhalt:

Der Ehemann der Bf, Georgiy Gongadze, der in der Ukraine als Journalist tätig war, verschwand am 16. September 2000 unter bisher nicht geklärten Umständen. Gongadze setzte sich im Rahmen seiner Arbeit als Journalist besonders für die Meinungsäußerungsfreiheit in der Ukraine ein und war bekannt für seine Kritik an den Machthabern. Geraume Zeit vor seinem Verschwinden erklärte Gongadze seinen Verwandten, dass er bedroht und überwacht werde. Am 14. Juli 2000 beschwerte sich Gongadze öffentlich in Form eines offenen Briefes an die Generalstaatsanwaltschaft darüber, dass Beamte der Exekutive in seinem Bekanntenkreis Fragen über ihn gestellt haben sollen und er von ihm nicht bekannten Personen verfolgt werde. In ebendiesem Brief forderte er den Generalprokurator auf, Maßnahmen zu seinem Schutz zu ergreifen und die Verfolger zu bestrafen. Mit Brief vom 1. September 2000 wies die Generalstaatsanwaltschaft das Ansuchen Gongadzies mit der Erklärung zurück, dass kein Anlass zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen bestehe. Am 16. September verschwand Gongadze. Die Bf wandte sich am Tag nach dem Verschwinden ihres Ehemannes an die Bezirkspolizei in Kiew, woraufhin die Staatsanwaltschaft des Bezirks Pechersky wegen Mordes ermittelte. Zwei Wochen danach, am 2. November 2000 wurde eine enthauptete Leiche gefunden, die an Hand von Schmuck und einer alten Narbe, als die von Georgiy Gongadze identifiziert wurde. Der damalige stellvertretende Innenminister gab jedoch bekannt, dass es sich bei der gefundenen Leiche nicht um Gongadze handle. Alle Anträge der Bf wurden abgelehnt. Ende November 2000 gelangten Mitschnitte von Gesprächen

des Präsidenten Leonid Kutchma mit anderen hohen Beamten an die Öffentlichkeit, welche eine Verbindung zwischen diesen und der Ermordung Gongadzes bewiesen. Die Generalstaatsanwaltschaft erklärte im Jänner 2001, dass es sich bei dem Leichenfund am 2. November 2000 doch um den Ehemann der Bf handle. Bis in das Jahr 2005 ermittelte die Staatsanwaltschaft und brachte mehrere Verwicklungen hoher Politiker und der Polizei in die Ermordung des Journalisten ans Licht.

Behauptungen der Bf:

Die Bf erhob Beschwerde auf Grund einer behaupteten Verletzung des Art 2. Die Behörden wären nach diesem dazu verpflichtet gewesen, nachdem Gongadze sich in dem offenen Brief an die Generalstaatsanwaltschaft gewandt hatte, präventive Schutzmaßnahmen zu ergreifen.

Behauptungen der Regierung:

Der Beschwerde der Bf bezüglich der Versäumnisse, das Leben ihres Ehemannes zu schützen, hielt die Regierung entgegen, dass die Beschwerde nicht fristgerecht eingereicht wurde und sie daher als unzulässig abzuweisen sei.

Urteil des EGMR:

Zunächst stellte der EGMR fest, dass auf Grund außerordentlicher Umstände die Beschwerde als fristgerecht eingereicht zu beurteilen ist. Bezüglich der behaupteten Verletzung des Art 2 Abs 1 erster Satz führte der GH zu Beginn allgemein aus, dass eine positive Verpflichtung des Staates bestehe, präventive Maßnahmen zu setzen, wenn das Leben einer Person durch strafbares Handeln eines Dritten bedroht wird. Diese Verpflichtung muss jedoch so verstanden werden, dass sie den zuständigen Behörden keine unmögliche bzw übermäßige Last aufbürdet. Daraus folgt, dass die Behörden nicht im Falle jeder angeblichen Gefahr für das Leben einer Person Schutzmaßnahmen ergreifen müssen. Liegt aber eine unmittelbare und wirkliche Gefahr vor, von der die Behörden wissen oder wissen hätten müssen, so besteht eine positive Handlungspflicht für den betroffenen Staat. Zu dem vorliegenden konkreten Fall erklärte der EGMR:

„The Court first notes that, in the instant case, the applicant's husband, in his open letter of 14 July 2000 to the Prosecutor General, reported several facts concerning the questioning of his relatives and colleagues by police officers about him and his surveillance by unknown persons. He requested an investigation of these facts and the implementation of measures for his protection.

Secondly, the authorities, primarily prosecutors, ought to have been aware of the vulnerable position in which a journalist who covered politically sensitive topics placed himself/herself *vis-à-vis* those in power at the material time.

Thirdly, the Court notes that, by virtue of powers conferred upon it under domestic law, the GPO is entitled and obliged to supervise the activities of the police and investigate the lawfulness of any actions taken by them. Despite clear indications in Mr Gongadze's letter about the inexplicable interest in him shown by law enforcement officers, the response of the GPO was not only formalistic, but also blatantly negligent²⁴⁵

Der GH bejahte daher eine Verletzung der positiven Schutzpflicht iSd Art 2 Abs 1 erster Satz.

V. A. 2. b. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischem Hintergrund - positive Schutzpflicht

Wie in der ersten Fallgruppe ist auch hier iZm den Beschwerden mit terroristischem Hintergrund zunächst daran zu erinnern, dass im Vergleich der Beschwerden W und Kaya eine Entwicklung in der Rsp der EKMR / des EGMR stattgefunden hat. In der weiteren Gegenüberstellung der Beschwerden mit und ohne terroristischen Hintergrund ist also die Rsp in der Sache Kaya stärker zu berücksichtigen.

Festzustellen ist eine anhaltende Kontinuität in der Spruchpraxis der EKMR / des EGMR. Angewendet werden die gleichen Parameter staatlicher Handlungspflicht: es muss eine reelle Gefahr für das Leben eines Menschen bestehen, die Behörden müssen von dieser Gefahr gewusst haben bzw von ihr wissen müssen, und es muss den Behörden möglich gewesen sein, die Person vor dieser Gefahr zu schützen. Die EKMR / der EGMR wendet diese Grundsätze unabhängig davon an, ob die Beschwerde einen terroristischen Hintergrund hat oder nicht; es waren keine Unterschiede in der Spruchpraxis festzustellen.

²⁴⁵ EGMR, U 8.11.2005, *Gongadze* gg die Ukraine, Nr 34056/02, 23f, Z 167ff.

V. A. 2. b. 2. Exkurs – Terroranschläge - Analogie zu Naturkatastrophen?

EGMR, Urteil vom 20. März 2008, Budayeva ua gegen Russland, ApplNr 15339/02

Sachverhalt:

Die Bf sind alle Einwohner der Stadt Tyrnauz, welche zur russischen Republik Kabardino-Balkarien gehört. Die Stadt liegt am Fuße des Elbrus und zwei Nebenflüsse des Baksan fließen durch sie hindurch, welche immer wieder den Grund für Schlammlawinen darstellen. Die zuständigen Behörden errichteten in den Jahren 1965 und 1999 zunächst einen Schlammrückhaltespeicher und danach einen Schutzdamm, um die Stadt vor den Schlammlawinen zu schützen. Wenige Monate nach Errichtung des Dammes im August 1999 wurde dieser durch eine Gerölllawine schwer beschädigt. Ein meteorologisches Institut, welches insbesondere für die Überwachung der durch Unwetter entstehenden Gefahren zuständig ist, teilte der Regierung Kabardino-Balkariens mit, dass sowohl die Reparatur des Schutzdammes als auch die Einführung eines Frühwarnsystems zum Schutz der Einwohner von Tyrnauz erforderlich wären. Die Regierung reagierte jedoch nicht. Zu Beginn des Jahres 2000 warnte das Institut die Regierung, dass das Risiko für Geröll- und Schlammlawinen im Sommer 2000 stark ansteigen werde. Im März stellte der Bezirksverwalter den Antrag an die Regierung auf finanzielle Unterstützung für die Reparatur des Dammes. Weder die Reparaturen noch die Einführung eines Frühwarnsystems wurde umgesetzt.

Gegen 23:00 Uhr des 18. Juli 2000 wurde Tyrnauz von einer Schlammlawine überrascht. Die Bewohner verließen daraufhin ihre Wohnungen und kehrten erst am Morgen des 19. Juli 2000 wieder zurück. In den Mittagsstunden zerstörte eine weitere Geröll- und Schlammlawine den Schutzdamm. Die gesamte Stadt wurde von Schlamm und Geröll überflutet. Acht Bewohner der Stadt Tyrnauz kamen auf Grund der Naturkatastrophe ums Leben. Einer davon war der Ehemann der ErstBf und der Schwager der ZweitBf. Untersuchungen betreffend die Naturkatastrophe oder der acht Todesfälle wurden von den zuständigen Behörden nicht eingeleitet. Die Regierung gab jedoch Weisung, den Opfern der Katastrophe eine Entschädigung zu bewilligen. Die Bf erhielten Ersatzwohnungen und Entschädigungszahlungen.

Behauptungen der Bf:

Die Bf gaben in der Sachverhaltsdarstellung an, dass es nach der ersten Schlammlawine am 18. Juli 2000 keinerlei offizielle Evakuierungsmaßnahmen von Seiten der Regierung gegeben hätte. Ebenso wären keinerlei Warnungen ausgesprochen oder Absperrungen vorgenommen worden, die sie nach der ersten Lawine daran gehindert hätten, wieder in ihre Häuser zurückzukehren. Die Bf machten geltend, dass die zuständigen Behörden es verabsäumt hätten, ihren positiven Schutzpflichten iSv Art 2 Abs 1 erster Satz nachzukommen und präventive Schutzmaßnahmen zur Minimierung ihrer Lebensgefahr durch Naturkatastrophen zu ergreifen.

Behauptungen der Regierung:

Nach Angaben der Regierung wurden die Einwohner der Stadt Tyrnauz nach der ersten Schlammlawine am 18. Juli 2000 mit Hilfe von Lautsprecherdurchsagen dazu aufgefordert, ihre Häuser zu verlassen. Darüber hinaus wurden Warnungen bezüglich weiterer möglicher Lawinen ausgesprochen. Des Weiteren brachte die Regierung als Verfahrenseinrede vor, dass die Bf es unterlassen hätten, den innerstaatlichen Rechtszug auszuschöpfen, da sie die Entscheidung der Behörden, keinerlei Untersuchungen durchzuführen, nicht angefochten hätten.

Urteil des EGMR:

Zu Beginn wies der GH die Verfahrenseinrede der Regierung zurück. Zu der behaupteten Verletzung des Art 2 erklärte er, dass die positiven Verpflichtungen des Art 2 insbesondere darin bestehen, rechtliche und administrative Rahmenbedingungen zur wirksamen Abhilfe von Bedrohungen des Lebens zu schaffen. Insbesondere bei gefährlichen industriellen Aktivitäten kommt diese positive Verpflichtung zum Tragen. In deren Ausführung sind sowohl substanzielle als auch prozessuale Aspekte zu berücksichtigen. So ist etwa die Öffentlichkeit von Notfällen, die lebensbedrohend sein können, rechtzeitig zu informieren und jeder aus einem solchen Notfall resultierende Todesfall gerichtlich zu untersuchen. Bezüglich des substanziellen Aspekts stellt der EGMR fest, dass sich iZm gefährlichen Aktivitäten der Umfang der positiven Verpflichtungen iSd Art 2 mit jenen des Art 8 EMRK vergleichen lässt und die zu Art 8 EMRK entwickelten Grundsätze, auch auf den Schutz des Lebens anwendbar sind.

“As to the choice of particular practical measures, the Court has consistently held that where the State is required to take positive measures, the choice of means is in principle a matter that falls within the Contracting State's margin of appreciation.”²⁴⁶

“In this respect an impossible or disproportionate burden must not be imposed on the authorities without consideration being given, in particular, to the operational choices which they must make in terms of priorities and resources”²⁴⁷

“In the sphere of emergency relief, where the State is directly involved in the protection of human lives through the mitigation of natural hazards, these considerations should apply in so far as the circumstances of a particular case point to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use.

The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.”²⁴⁸

In dem vorliegenden konkreten Fall erkannte der EGMR auf eine Verletzung des Art 2 sowohl unter dem substanziellen als auch dem prozessualen Aspekt.

Die grundsätzliche Frage, die im Folgenden näher ausgearbeitet wird, ist, ob die Möglichkeit bestünde, unter gewissen Umständen vor dem EGMR präventive Schutzmaßnahmen vor terroristischen Anschlägen analog zu den iZm Naturkatastrophen entwickelten Grundsätzen erfolgreich einzuklagen. Zunächst wird kurz an die in den Beschwerden *W, Mahmut Kaya* und *Gongadze* angewendeten entscheidenden Parameter staatlicher Schutzpflicht erinnert:

- Bestehen einer realen Gefahr für das Leben einer Person
- Möglichkeit der zuständigen Behörden, die Person zu schützen, in dem Sinn, dass die zuständigen Behörden von der Gefahr wussten bzw davon hätten wissen können.
- Die Gewährung des Schutzes muss den zuständigen Behörden zumutbar sein.

Im Vergleich dazu die Parameter staatlicher Handlungspflicht bei Naturkatastrophen:

- Bestehen einer natürlichen Gefahr,
- die mit einer hohen Wahrscheinlichkeit wiederkehrend ist,
- die ein bestimmtes bewohntes Gebiet betrifft.
- Der Umfang der positiven Handlungspflicht hängt von der faktischen Abwehrmöglichkeit ab.

²⁴⁶ EGMR, U 20. 3.2008, *Budayeva ua* gg Russland, Nr 15339/02, 28, Z 134.

²⁴⁷ EGMR, U 20. 3.2008, *Budayeva ua* gg Russland, Nr 15339/02, 28, Z 135.

²⁴⁸ EGMR, U 20. 3.2008, *Budayeva ua* gg Russland, Nr 15339/02, 29, Z 137.

Auf den ersten Blick erscheint die analoge Anwendung der Parameter staatlicher Schutzpflicht bei Naturkatastrophen auf Beschwerden iZm präventiven Schutzmaßnahmen vor terroristischen Anschlägen weit hergeholt und ausgeschlossen. Zu Beginn soll also erklärt werden, warum es doch Sinn macht, diese Überlegungen anzustellen: Die Probleme in der Beschwerde *W gg das Vereinigte Königreich* lagen zum einen in der Opfereigenschaft der Bf und in der Forderung nach positiven Schutzmaßnahmen für ihre individuelle Person und zum anderen, dass die Gefahr des Terrorismus zwar eine bekannte, aber nicht wie in den Beschwerden *Mahmut Kaya* und *Gongadze* eine greifbare reelle Gefahr für die Bf war. Interessant erscheint nun, dass in der Beschwerde *Budayve* nur eine der Bf von dem Tod eines nahen Familienmitglieds betroffen war und, dass es sich um eine ähnliche „allgemeine“ Bedrohung handelte. Zu berücksichtigen ist hier natürlich, dass der EGMR in seiner Rsp sehr klar formuliert, dass es sich um das Bestehen einer natürlichen, wiederkehrenden Gefahr handeln muss. Auch wenn eine rechtliche Definition von „Terrorismus“ sich schwierig gestalten mag, eine „natürliche Gefahr“ ist er jedenfalls nicht. Was zeichnet aber eine „natürliche“ Gefahr aus? Sie bedroht zumeist ein großes Gebiet bzw zahlreiche Menschen und, ob eine „natürliche Gefahr „hereinbricht“, oder nicht, liegt außerhalb jeglicher menschlichen Kontrolle. Werden diese zwei Punkte mit einem terroristischen Angriff verglichen, so sind aus der Sicht der Opfer eigentlich keine Unterschiede auszumachen. Natürlich liegen terroristische Anschläge nicht außerhalb jeglicher menschlicher Kontrolle, werden sie doch von Menschen begangen. Fraglich erscheint jedoch, inwiefern ein Selbstmordattentäter kontrolliert werden kann. Auch der Parameter des regelmäßigen Wiederkehrens ist auf den Terrorismus mit Vorsicht anzuwenden, jedoch im Hinblick auf „bestimmte bewohnte Gebiete“, wie etwa London, dessen Geschichte von zahlreichen versuchten und durchgeführten terroristischen Aktionen geprägt ist, doch argumentierbar. Wie wäre also, diesen Überlegungen folgend, eine Beschwerde von zB jemandem, dessen Ehepartner bei dem Anschlag in London im Jahr 2005 ums Leben kam, oder von jemandem, der täglich mit dem Bus in die Arbeit fährt oder einfach nur einem Einwohner Londons, zu bewerten, die nun die positive Handlungspflicht des Staates iFv stärkeren Sicherheitskontrollen für das öffentliche Verkehrsnetz in London oder stärker durchgreifenden Antiterrorismusetzen einfordert? Die primäre Schwierigkeit läge in der Begründung der „Opfereigenschaft“. Ist das Bewohnen eines bestimmten Gebietes, welches von einer wiederkehrenden Gefahr heimgesucht wird, ausreichend, um eine Lebensgefährdung zu begründen? Die Sekundäre, in dem Vergleich der „natürlichen

Gefahr“ mit dem Terrorismus. Die Beschwerde würde vermutlich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vom EGMR als unzulässig zurückgewiesen werden. Dennoch ist das theoretische Gedankenexperiment in Bezug auf die genannten Punkte durchaus überlegenswert und könnte der Ansatz für eine zukünftige Weiterentwicklung sein.

V. A. 3. Fallgruppe III: Tötung von Zivilpersonen im Zuge antiterroristischer Operationen

EGMR, Urteil vom 19. Februar 1998, Kaya gegen Türkei, ApplNr 22792/93

Der Bruder des Bf wurde im März 1993 von türkischen Sicherheitskräften nahe der Ortschaft Çiftlibahçe im Südosten der Türkei getötet. Wie es genau zu der Tötung kam, konnte aufgrund der divergierenden Sachverhaltsdarstellungen des Bf und der Regierung nicht abschließend geklärt werden.

Behauptungen des Bf

Der Bruder des Getöteten gab an, dass es sich um eine absichtliche Tötung durch die türkischen Sicherheitskräfte handle.

Behauptungen der Regierung

Die Regierung erklärte, dass sich die Sicherheitskräfte gegen einen Angriff eines bewaffneten Kommandos der PKK hätten wehren müssen. Der Bruder des Bf wäre dabei unabsichtlich von einer Kugel getroffen worden.

Urteil des EGMR

Der EGMR entschied in diesem Fall, dass die Ermordung, dh die absichtliche Tötung des Bruders des Bf nicht ausreichend bewiesen werden konnte:

„Having regard to the Commission’s fact-finding and to its own careful examination of the evidence, the Court considers that there is an insufficient factual and evidentiary basis on which to conclude that the applicant’s brother was, beyond reasonable doubt, intentionally killed by the security forces in the circumstances alleged by the applicant.“²⁴⁹

Die Tötung sei gem Art 2 Abs 2 lit a gerechtfertigt.

²⁴⁹ EGMR, U 19.2.1998, *Kaya gg Türkei*, Nr 22792/93, 24, Z 78.

Im Weiteren entschied der GH aber, dass die der Tötung nachfolgende Untersuchung nicht den von Art 2 gesetzten Maßstäben entsprochen habe, und stellte eine Verletzung des Rechts auf Leben fest.

V. A. 3. a. Fallgruppe III: Analyse

Aufgrund der sich widersprechenden Aussagen und Behauptungen des Bf und der Regierung, musste sich der EGMR mit einer allgemeinen Grundkonstellation auseinandersetzen: Tod einer Zivilperson im Rahmen einer anti-terroristischen Operation. Ohne explizit auf die Umstände des „Angriffs durch Terroristen“ einzugehen, sieht der GH eine Rechtfertigung nach Art 2 Abs 2 lit a. Mit Blick auf die Situation in der Türkei ist diese Vorgehensweise vielleicht als korrekt zu bezeichnen, vielleicht ist sie aber auch nur ein weiteres Indiz dafür, dass der EGMR in Fällen, in denen eine „terroristische Aktion“ den Hintergrund bildet, den Rechtfertigungsgrund der Notwehr sehr schnell als gegeben ansieht.

Neben der Rsp des EGMR ist iZm dieser Fallgruppe aber auch noch ein weiterer Punkt von Interesse: Im Jahre 1999 wurden allein in der Türkei 64 Zivilisten im Zuge von Polizeieinsätzen bzw von militärischen Operationen von Sicherheitskräften getötet; im Jahr 2000 waren es 43²⁵⁰ und 2004 laut amnesty international mindestens 21.²⁵¹ Natürlich können diese Zahlen, aufgrund von Struktur und Landesgeschichte nicht als Vergleichswert für andere europäische Länder wie zB Österreich, Deutschland oder England herangezogen werden. Trotzdem bleibt die Türkei ein erschreckendes Beispiel für die Tötung von zahlreichen Zivilisten im Kampf gegen den Terror.

²⁵⁰ Report of the Special Rapporteur, Ms Asma Jahangier, Civil and political rights, including the question of disappearances and summary executions, 18.12.2001, http://www.ecoi.net/file_upload/ds21_02197tur.pdf (13.6.2010).

²⁵¹ Amnesty International, Jahresbericht (2005).

V. A. 3. b. Rechtsprechung der EKMR bzw des EGMR zu ähnlichen Sachverhalten ohne Bezug zu Terrorismus - Tötung von Zivilpersonen im Zuge polizeilicher Operationen

EGMR, Urteil vom 9. Oktober 1997, Andronicou und Constantinou gegen Zypern, ApplNr 25052/94

Sachverhalt:

Die Angehörigen der Bf, Lefteris Andronicou und Elsie Constantinou waren verlobt und wohnten auch zusammen. In den frühen Morgenstunden des 24. Dezember 1993 riefen die Nachbarn des Paares die Polizei. Sie informierten die Beamten darüber, dass sich Andronicou und Constantinou gestritten hätten und nun Andronicou seine Verlobte gegen ihren Willen in der Wohnung festhielte. Er sei mit einem doppelläufigen Gewehr bewaffnet. In die nachfolgenden Verhandlungen mit Andronicou wurden sowohl dessen Arzt als auch Familienmitglieder von Constantinou mit eingebunden. Die Verhandlungen blieben jedoch bis in die Nachmittagsstunden erfolglos. Es wurde daher eine Spezialeinheit der Polizei (MMAD) angefordert und das Justizministerium informiert. Da sich die Situation bis in die späten Abendstunden nicht veränderte, gingen die Sicherheitskräfte davon aus, dass Andronicou zuerst seine Verlobte und dann sich selbst töten wolle. Um Mitternacht wurde die Befreiungsaktion gestartet. Mit Hilfe von Tränengasgeschossen stürmte die Spezialeinheit mit Maschinenpistolen bewaffnet die Wohnung. Andronicou gab in kurzer Folge zwei Schüsse ab. Der erste traf den Beamten A der Spezialeinheit, der zweite traf Constantinou. Ein weiteres Mitglied der Einsatztruppe, Beamter B, eröffnete daraufhin das Feuer. Er ging zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass sein Kollege Beamter A tödlich getroffen war. Andronicou wurde sofort getötet, seine Verlobte erlag ihren Verletzungen im Krankenhaus. Eine nachfolgende Autopsie ergab, dass ersterer von 27 Kugeln getroffen worden war, ebenso wies Constantinou zahlreiche Wunden auf. Sie wurde von zwei Projektilen aus Maschinenpistolen und von einer Kugel aus dem Gewehr von Andronicou getroffen. Tödlich war einer der Schüsse aus den Maschinenpistolen.

Der Staat erklärte gegenüber den Bf, dass er im Falle der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen die Verfahrenskosten für die Bf übernehmen würde. Das Angebot wurde von den Bf zurückgewiesen. Die Bf versuchten hingegen die Einleitung

eines Strafverfahrens zu erreichen, ein solches wurde ihnen aber verweigert. Eine Zivilklage strebten die Bf nicht an.

Behauptungen der Bf:

Die Bf behaupteten eine Verletzung des Art 2 wegen der Tötung von Andronicou und Constantinou, herbeigeführt durch einen nicht notwendigen exzessiven Waffengebrauch von Seiten der Spezialeinheit.

Behauptungen der Regierung:

Die Regierung wendete ein, dass die Bf es unterlassen hätten, den innerstaatlichen Rechtszug auszuschöpfen. Weiters hätten die Bf jegliche Kommunikation mit der Regierung abgelehnt. Eine Einigung wäre demnach von vornherein von den Bf unmöglich gemacht worden.

Die EKMR stellte mit 15 zu 3 Stimmen eine Verletzung von Art 2 auf Grund eines Organisationsverschuldens fest und erklärte die Beschwerde für zulässig.

Urteil des EGMR:

Der GH stellt zu Beginn fest, dass die Frage, mit der er sich auseinanderzusetzen hat, jene ist, ob die Polizei in ihrer Planung und Überwachung bzw bei der Entscheidung, die Spezialeinheit anzufordern, die notwendige Sorgfalt aufwendete, um das Risiko einer Lebensgefährdung von Andronicou und Constantinou auf ein Minimum zu reduzieren, oder nicht. Besondere Rücksicht ist auf die Umstände unter welchen der Vorfall stattfand zu nehmen.

„As to the context, the authorities clearly understood that they were dealing with a young couple and not with hardened criminals or terrorists. The negotiations and the resolve to negotiate up until the last possible moment clearly indicate that the authorities never lost sight of the fact that the incident had its origins in a “lovers’ quarrel” and that this factor had to be taken into account if, in the final analysis, it transpired that force had to be used to free Elsie Constantinou.“²⁵²

Der Einsatz der Spezialeinheit wurde von der Polizei als letztes Mittel angesehen. Die erfolglosen Verhandlungsgespräche mit Andronicou und die wiederholten Rufe Constantinous, dass ihr Leben bedroht sei, rechtfertigen nach Ansicht des GH die Entscheidung, die Wohnung durch die Spezialeinheit stürmen zu lassen.

²⁵² EGMR, U 9.10.1997, *Andronicou und Constantinou* gg Zypern, Nr 25052/94, 44, Z 183.

Bezüglich der Gewaltanwendung durch den Beamten A führt der EGMR aus, dass diese als Reaktion auf die Schüsse von Andronicou zu beurteilen sind. Die Beamten B und C machten nur Gebrauch von ihrer Waffe, da sie das Leben von Constantinou und ihr eigenes als ernsthaft bedroht ansahen. Der GH hält fest, dass bei der Verfolgung einer in Art 2 Abs 2 aufgezählten Ziele eine Gewaltanwendung als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn sie auf der ehrlichen Überzeugung gründet, dass das Ziel nicht anders erreicht werden kann, selbst wenn sich diese Ansicht im Nachhinein als falsch herausstellt.

„Having regard to its findings in regard to the planning and control of the rescue operation and to the administration of force, the Court concludes that in the circumstances the killing of the couple resulted from the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 § 2 (a) of the Convention and to effect a lawful arrest within the meaning of Article 2 § 2 (b).“²⁵³

V. A. 3. b. 1. Unterschiede in der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR bei Beschwerden mit bzw ohne terroristischen Hintergrund

Abgesehen von den offenkundigen Gemeinsamkeiten in den Sachverhalten der eben besprochenen Fälle, nämlich dass es sich um die Tötung einer Zivilperson im Zuge einer sicherheitspolizeilichen Operation handelt, und dass beide Vorfälle im Jahr 1993 stattfanden, zeichnen die beiden Beschwerden sich insbesondere durch Unterschiede aus. Dies natürlich auch auf Grund der nur sehr rudimentären Sachverhaltsdarstellung in der Beschwerde *Kaya*. Trotzdem kann auch aus deren Gegenüberstellung ein Aspekt der Rsp des EGMR iZm Art 2 gewonnen werden. Zunächst im Hinblick auf das Unterscheidungsmerkmal des terroristischen Hintergrunds: Der EGMR macht diesbezüglich in seiner Spruchpraxis keinerlei Unterschiede. Vielleicht erscheint es dem GH seltsam, dass so zahlreiche Zivilpersonen im Zuge von antiterroristischen Operationen in der Türkei den Tod finden, er hält sich aber in der Beschwerde *Kaya* strikt an den Grundsatz in dubio pro reo.

Der interessantere Punkt bei der Gegenüberstellung dieser Beschwerden ist aber, dass in beiden Fällen der EGMR die Tötung einer Zivilperson als gerechtfertigt ansah. Dies natürlich nur unter bestimmten Voraussetzungen, die sich aber in beiden Beschwerden wiederfinden:

- es handelte sich um eine unabsichtliche Tötung,

²⁵³ EGMR, U 9.10.1997, *Andronicou und Constantinou* gg Zypern, Nr 25052/94, 50, Z 194.

- im Zuge einer sicherheitspolizeilichen Operation,
- in der Verfolgung eines in Art 2 Abs 2 aufgezählten Zieles, nämlich Art 2 Abs 2 lit a und
- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der ultima ratio wurden eingehalten.

Zusammengefasst ist als Ergebnis also festzuhalten, dass der GH in seiner Rsp wegen der Tötung von Zivilpersonen im Zuge von sicherheitspolizeilichen Operationen keine Unterschiede zwischen Beschwerden mit und solchen ohne terroristischen Hintergrund macht. Darüber hinaus ist generell festzustellen, dass laut dem EGMR Art 2 so auszulegen ist, dass eine Tötung von Zivilpersonen uU gerechtfertigt sein kann.

V. A. 4. Zusammenfassende Analyse der Rechtsprechung der EKMR bzw. des EGMR vor dem Hintergrund terroristischer Aktivitäten wegen Verletzungen des Art 2

Zusammenfassend können also folgende Punkte als Ergebnis der Analyse der Rsp der EKMR bzw des EGMR und des Vergleichs zu der Rsp in Beschwerden ohne terroristischen Hintergrund hinsichtlich der Entwicklung festgestellt werden:

- ❖ Der Schutzbereich des Art 2 wurde **zeitlich** vorverlagert. Die Entwicklung des „**Organisationsverschuldens**“ erfolgte historisch als **Antwort** auf Beschwerden, welche die **Tötung von mutmaßlichen Terroristen** als Grundlage hatten. Diese Entwicklung entstand aus der Notwendigkeit heraus, auch dem **Schutz des Rechts auf Leben mutmaßlicher Terroristen** den **gleichen Stellenwert** zu verleihen wie im Fall von Nicht-Terroristen.
- ❖ Der EGMR **berücksichtigte** mit der **Entwicklung des „Organisationsverschuldens“** die **besonderen Schwierigkeiten** von anti-terroristischen Operationen.
- ❖ Des Weiteren bezieht der EGMR in seiner Rsp die **besonderen Schwierigkeiten** der Terrorismusbekämpfung mit ein, in dem er im Vergleich zu Beschwerden ohne terroristischen Hintergrund die **Historie und gegenwärtige Situation eines**

Landes berücksichtigt und eine **präzisere Planung** von antiterroristischen Operationen verlangt.

- ❖ Die **Rechtfertigungsgründe** Art 2 Abs 2 lit a bis c bedürfen bei der Tötung eines mutmaßlichen Terroristen **nicht immer einer besonderen Argumentation**.
- ❖ Die **positive Schutzpflicht des Staates** und die sich eventuell daraus ergebende Pflicht, präventive Schutzmaßnahmen zu setzen, gilt sowohl **gegenüber der Zivilbevölkerung als auch gegenüber Terrorismus - Sympathisanten/Terroristen**.
- ❖ Die **Tötung von Unbeteiligten kann** unter bestimmten Voraussetzungen zumindest **nach Art 2 Abs 2 lit a gerechtfertigt sein**.

VI. Rechtliche Beurteilung der Tötung von Zivilpersonen zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags an Hand des Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes

Grundsätzlich könnte die Tötung von Zivilpersonen zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags als Fallgruppe IV behandelt werden. Im Gegensatz zu den im vorigen Kapitel besprochen Fallgruppen sind jedoch zwei Unterschiede hervorzuheben:

- die rechtliche Beurteilung bezieht sich auf eine Ermächtigungsnorm und nicht auf einen konkreten Fall und
- es gibt bisher keinen konkreten Fall, in welchem wissentlich Unbeteiligte getötet wurden, um einen terroristischen Anschlag zu verhindern.

VI. A. § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz

VI. A. 1. „Recht auf Leben“ im deutschen Recht

Auf nationaler Ebene erfolgte die Verankerung des Rechts auf Leben in der deutschen Rechtsordnung erst durch Neuerungen der jüngeren Verfassungsgeschichte. Auch wenn

bereits lange vor Normierung des Rechts auf Leben nicht nur in den naturrechtlichen Lehren, sondern auch als tatsächliche reale Voraussetzung für eine menschliche Existenz der Schutz von Leib und Leben anerkannt war, ist eine ausdrückliche Gewährleistung des Rechts auf Leben sehr spät erfolgt. Erst die Verbrechen des Nationalsozialismus waren Anlassfall der schon lange bestehenden Garantie auf die persönliche Freiheit gem Art 2 Abs 2 S 2 dGG die Gewährleistung des Lebensschutzes hinzuzufügen. Wichtigste Rechtsquelle in Bezug auf das Recht auf Leben in Deutschland ist daher Art 2 Abs 2 S 1 dGG. Eine nähere Erläuterung des Art 2 Abs 2 S 1 dGG an dieser Stelle ist jedoch nur insofern nötig, als das die Unterschiede zwischen Art 2 und Art 2 Abs 2 S 1 dGG dargestellt werden sollen.

„Art 2 dGG

.....

(2) ¹Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. ²Die Freiheit der Person ist unverletzlich. ²⁵⁴ ³In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

VI. A. 1. a. Art 2 EMRK – Art 2 Abs 2 erster Satz dGG, Unterschiede

➤ Normadressat

Die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag, welcher zwar - nach Transformation in das nationale Recht - durchaus auch Auswirkungen auf den Einzelnen haben kann, richtet sich grundsätzlich an die Mitgliedstaaten, wohingegen das dGG für das deutsche Volk gilt.

➤ Schutzbereich

Im Gegensatz zu Art 2, welcher nur vom Recht auf „Leben“ spricht, ist Art 2 Abs 2 S 1 dGG in seiner Formulierung um einiges präziser; nicht nur das „Leben“ sondern auch die „körperliche Unversehrtheit“ werden wörtlich genannt und fallen somit in den Schutzbereich dieser Bestimmung.

Die „körperliche Unversehrtheit“ ist als Gesundheit sowohl im biologisch-physiologischen als auch im psychischen Sinn zu verstehen. Dass auch die

²⁵⁴ Auf die „Freiheit der Person“, welche in Art 2 Abs 2 S 2 dGG auch enthalten ist, wird nicht eingegangen.

psychische Gesundheit geschützt wird, lässt sich einerseits aus der Entstehungsgeschichte - psychischer Terror, Verhöre unter extremem psychischen Druck und seelische Folterungen gehörten neben vielem anderem zu den zahlreichen Verbrechen der nationalsozialistischen Zeit - andererseits aus dem Zusammenhang des Art 2 Abs 2 S 1 dGG mit der Menschenwürde ableiten, welche den Schutz der Identität und Integrität nicht auf den Körper beschränkt.²⁵⁵

„Leben“ beginnt nach dem dGG laut dem dBVerfG²⁵⁶ - im Gegensatz zu Art 2 schon vor der Geburt und endet mit dem Tod, wobei der Tod als irreversible Funktionsunfähigkeit des Gehirns definiert wird.²⁵⁷ Im Sinne des Schutzes der negativen Freiheit ist auch das Recht auf den Tod mitumfasst, dh, dass entgegen des eigenen Willens keine lebensverlängernde Behandlung begonnen oder fortgesetzt werden darf.²⁵⁸

In der EMRK wird die „körperliche Unversehrtheit“ je nach Schwere und Qualität des in Frage stehenden Eingriffs, durch unterschiedliche Garantien geschützt. Der wichtigste Schutz erfolgt durch Art 8 Abs 1 EMRK, nämlich durch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, aber auch Art 3 EMRK, das Verbot der Folter und Art 2 können iZm dem Schutz der „körperlichen Integrität“ Beschwerdegrundlage sein. Art 2 kommt, wie bereits besprochen, für alle jene Fälle in Frage, in welchen der Bf in eine konkrete Lebensgefahr gebracht wurde.²⁵⁹ Im Gegensatz dazu fallen unter die Eingriffe des Rechts auf Leben nach Art 2 Abs 2 S 1 dGG nur solche, bei denen es sich um eine Tötung eines Menschen handelt.

➤ Menschenwürde

Nach dem dGG ist die Menschenwürdegarantie in einem eigenen Artikel formuliert und wird als eigene Garantie anerkannt.

²⁵⁵ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷ (2001) 91, Rn 393.

²⁵⁶ dBVerfG 1 BvF 1/64, „Schwangerschaftsabbruch“; das Gericht ließ die Frage aber offen, ob der nasciturus an sich Grundrechtsträger ist, oder von den „objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird“.

²⁵⁷ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷ (2001) 31, Rn 118.

²⁵⁸ *Lorenz*, Handbuch des Staatsrechts - Band VI² (2001) 37, Rn 66.

²⁵⁹ Siehe Kap III. B. 4.

„Art 1 dGG

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2).....“

Auffallend ist dabei, dass die staatliche Gewalt die menschliche Würde sowohl zu „achten“, als auch zu „schützen“ hat. Dh die Garantie der Menschenwürde erfüllt nicht nur die Funktion des status negativus, sondern auch die des status positivus, was bedeutet, dass der staatlichen Gewalt eine Schutzpflicht auferlegt wird.²⁶⁰

Den Gegenstand der Menschenwürde zu bestimmen, ist mit Schwierigkeiten verbunden. Zu nennen ist hier ua die Problematik der Definition oder die Abgrenzung zu anderen Freiheitsgewährleistungen.²⁶¹ Nach der hM ist der Kern der Menschenwürdegarantie die „Subjektqualität des Individuums“²⁶². Sie ist eine „modal ausgerichtete Basisnorm“²⁶³, da alle Grundrechte und Grundfreiheiten einen mehr oder weniger ausgeprägten Menschenwürdebezug aufweisen. Ähnlich wie der Schutzbereich lassen sich auch Eingriffe in Art 1 Abs 1 dGG nicht eindeutig bestimmen. Das dBVerfG unterstreicht sogar in seiner Rsp, dass eine allgemeine Definition von Würde verletzender Eingriffe nicht möglich sei.²⁶⁴ Die bisherige Lösung zu diesem Konflikt bringt die „Objektformel“. Laut dieser widerspricht es der Würde des Menschen, ihn zum „bloßen Objekt“ des Staates zu machen. Die Formel ist in der Literatur allerdings erheblicher Kritik ausgesetzt: die Gemeinschaftsgebundenheit des Menschen würde nicht klar zum Ausdruck gebracht²⁶⁵, sei sie weiters zu unbestimmt²⁶⁶ und daher beliebig einsetzbar. *Schenke*²⁶⁷ kritisiert darüber hinaus zutreffend, dass die Formel ihren Schwerpunkt allein auf den äußeren Modus des Umgangs mit einem anderen Menschen lege und dabei zu wenig Rücksicht auf die involvierten vorgängigen Rechte und Pflichten der betroffenen Personen nähme. Dies sei falsch, da jede im Notstand aufgezwungene Handlung den „Gezwungenen“ zum Mittel für fremde Zwecke

²⁶⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷ (2001) 79, Rn 350.

²⁶¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷ (2001) 80, Rn 353.

²⁶² *Dieterich*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht⁸ (2008), Rn. 5.

²⁶³ *Höfling*, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, 857f.

²⁶⁴ dBVerfG 1 BvF 1/69, „Abhörurteil“

²⁶⁵ *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des dBVerfG (1996).

²⁶⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷ (2001) 82, Rn 359.

²⁶⁷ *Schenke*, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs 3 dLuftSiG, NJW 2006, 736ff.

made. Die Objektformel würde in der Folge bedeuten, dass jede - auch die, weil in einer Notstandssituation getätigte, gerechtfertigte - aufgezwungene Handlung immer auch eine Menschenwürdeverletzung darstellte.

Im Schutzrahmen der EMRK stellt die Menschenwürde keine für sich alleine stehende Garantie dar. Vielmehr wird sie ua durch Art 2 und Art 8 EMRK ausreichend geschützt.²⁶⁸

➤ Schutzpflicht des Staates

Auch das dBVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen²⁶⁹ ausgesprochen, dass sich aus Art 2 Abs 2 S 1 dGG eine Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens ableiten ließe. Dies wird, anders als in der EMRK, durch das Naheverhältnis zwischen dem Recht auf Leben nach dem dGG und der Menschenwürdegarantie iSd Art 1 Abs 1 dGG erklärt. Art 2 Abs 2 S 1 dGG habe einen besonders sichtbaren Menschenwürdegehalt, da Verletzungen des Rechts auf Leben stets irreparabel sind.²⁷⁰ Die Schutzpflicht des Staates ist also nach dem dGG Folge eines Zusammenspiels des Rechts auf Leben und der Menschenwürdegarantie.

Nach der EMRK - auch wenn die Lehre uneinig ist, ob sich die Schutzpflicht des Staates aus Art 2 Abs 1 erster Satz ergibt, oder ob die Schutzpflicht auch ohne den ersten Satz bestünde - ist es allgemein anerkannt, dass sich aus Art 2, und zwar nur daraus, eine Schutzpflicht des Staates ableiten lässt.

➤ Rechtfertigungsgründe

Gem. Art 2 gibt es fünf Tatbestände, die die Tötung eines Menschen durch die staatliche Gewalt rechtfertigen können²⁷¹: Vollstreckung eines Todesurteils, zur Verteidigung eines Menschen, im Zuge einer Festnahme oder der Verhinderung des Entkommens einer Person, der die Freiheit rechtmäßig entzogen worden war, zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder Aufstandes und im Notstandsfall iSd § 15 EMRK (di die Einschränkung des Rechts auf Leben im Notstandsfall). Das dGG ist in seiner Formulierung der eine Tötung rechtfertigenden Tatbestände

²⁶⁸ Siehe Kap VI. A. 6.

²⁶⁹ zB dBVerfG 1 BvF 1/64, „Schwangerschaftsabbruch“.

²⁷⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁷(2001) 94, Rn 406.

²⁷¹ Siehe Kap III. C.

allgemeiner. Art 2 Abs 2 S 3 dGG sieht nämlich einzig vor, dass „nur aufgrund eines Gesetzes“ in das Recht auf Leben eingegriffen werden darf. In Hinblick auf die Intensität, die staatliche Eingriffe in Art 2 Abs 2 S 1 dGG haben können, ist aus der Wesentlichkeitslehre abzuleiten, dass es sich bei den Eingriffe in das Recht auf Leben rechtfertigenden Gesetzen um Parlamentsgesetze, also formelle Gesetze handeln muss. Grundrechtsbeschränkungen durch Gewohnheitsrecht sind in jedem Falle als Verletzung des Grundrechts anzusehen.²⁷²

Als absolute Schranken des Gesetzesvorbehalts werden die speziellen Normen der Art 104 Abs 1 S 2 und Art 102 dGG bezeichnet. Gemäß Ersterem dürfen festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden. Dies hat zur Folge, dass Misshandlungen, die nicht gegen die Menschenwürde verstoßen, als Verstoß gegen die körperliche Unversehrtheit durch Gesetz gerechtfertigt werden kann, außer gegenüber festgehaltenen Personen.

Die zweite spezielle Schrankennorm, Art 102 dGG, normiert das Verbot der Todesstrafe und verbietet explizit deren Wiedereinführung durch einfaches Gesetz.²⁷³

Nicht bzw zumindest nicht ausformuliert kennt das dGG den Rechtfertigungsgrund des Notstandesfalles gem § 15 EMRK. Sehr wohl kennt das dGG aber „Ausnahmesituationen“ wie zB nach Art 35 Abs 2 bzw 3 dGG, welche den Einsatz der Streitkräfte bei Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen regeln. Die Notstandsregelungen des dGG sind aber größten Teils auf bloße Kompetenzfestlegungen beschränkt; sie enthalten keine materiell-rechtlichen Ermächtigungen.²⁷⁴

Gemeinsam ist der EMRK und dem dGG der Grundsatz der strengen Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung, ob eine Tötung gerechtfertigt war oder nicht. Konkret bedeutet dies nun, dass nach dem dGG ein Eingriff in das Recht auf

²⁷² Lorenz, Handbuch des Staatsrechts, Band VI² (2001) 23, Rn 36.

²⁷³ Eine Einführung der Todesstrafe durch ein Verfassungsgesetz ist zwar durch das dGG nicht ausdrücklich ausgeschlossen, doch würde es sich bei der Legitimierung der Todesstrafe wohl auch immer um eine Verletzung der Menschenwürde iSd Art 1 Abs 1 dGG handeln.

²⁷⁴ Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1080ff.

Leben, aus welchen Gründen und zu welchen Zwecken auch immer, gerechtfertigt sein kann, wenn der Eingriff aufgrund eines formellen Gesetzes erfolgt und er dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

VI. A. 2. Anlassfall für den Entwurf und das Inkrafttreten der §§13 – 15 deutsches Luftsicherheitsgesetz

Am 5. Jänner 2003 kaperte ein bewaffneter Mann ein Sportflugzeug und kreiste damit über dem Bankenviertel von Frankfurt am Main. Er drohte über Funk, dass Flugzeug in das Hochhaus der Europäischen Zentralbank zu steuern, wenn er nicht die Möglichkeit bekäme, ein Telefonat in die Vereinigten Staaten von Amerika führen zu können. Die Polizei löste Großalarm aus, evakuierte das besagte Hochhaus und räumte die gesamte Frankfurter Innenstadt. Gleichzeitig stiegen Jagdflieger der Luftwaffe und Polizeihubschrauber auf und umkreisten das Sportflugzeug. Eine halbe Stunde nach der Entführung stellte sich jedoch heraus, dass es sich bei dem Entführer „nur“ um einen verwirrten Einzeltäter handelte. Nach Erfüllung der Forderung, ein Telefongespräch in die Vereinigten Staaten von Amerika führen zu können, landete der Mann am Rhein-Main-Flughafen und ließ sich widerstandslos festnehmen.

Dieser Vorfall führte iZm den terroristischen Angriffen vom 11. September 2001 in den USA zur Ausarbeitung eines Entwurfs für ein deutsches Luftsicherheitsgesetz durch die deutsche Bundesregierung²⁷⁵, welcher im November 2003 an den Bundesrat weitergeleitet wurde. Dieser Entwurf sah u.a. vor:

„ § 13

Entscheidung der Bundesregierung

- (1) Liegen aufgrund eines erheblichen Luftzwischenfalls Tatsachen vor, die im Rahmen der Gefahrenabwehr die Annahme begründen, dass ein besonders schwerer Unglücksfall nach Art 35 Abs 2 Satz 2 oder Abs 3 des Grundgesetzes bevorsteht, können die Streitkräfte, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder im Luftraum zur Verhinderung eines Unglücksfalles eingesetzt werden.
- (2) Die Entscheidung über einen Einsatz nach Art 35 Abs 2 S 2 des Grundgesetzes trifft auf Anforderung des betroffenen Landes der Bundesminister der Verteidigung

²⁷⁵ BR-Drs. 827/03.

oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit dem Bundesminister des Inneren. Ist sofortiges Handeln geboten, ist das Bundesministerium des Inneren unverzüglich zu unterrichten.

(3) Die Entscheidung über einen Einsatz nach Art 35 Abs 3 des Grundgesetzes trifft die Bundesregierung im Benehmen mit den betroffenen Ländern. Ist eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich, so entscheidet der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit dem Bundesminister des Inneren. Die Entscheidung der Bundesregierung ist unverzüglich herbeizuführen. Ist sofortiges Handeln geboten, sind die betroffenen Länder und das Bundesministerium des Inneren unverzüglich zu unterrichten.

(4) Das Nähere wird zwischen Bund und Ländern geregelt. Die Unterstützung durch die Streitkräfte richtet sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes.

§ 14

Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis

(1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalls dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.

(2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) 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 dieser gegenwärtigen Gefahr ist.

(4) Die Maßnahme nach Abs 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung anordnen.

§ 15

Sonstige Maßnahmen

(1) Die Maßnahmen nach § 14 Abs 1 und Abs 3 dürfen erst nach Überprüfung sowie erfolglosen Versuchen zur Warnung und Umleitung getroffen werden. Zu diesem Zweck können die Streitkräfte auf Ersuchen der für die Flugsicherung zuständigen Stelle im Luftraum Luftfahrzeuge überprüfen, umleiten oder warnen....

(2) Der Inspekteur der Luftwaffe hat den Bundesminister der Verteidigung unverzüglich über Situationen zu informieren, die zu Maßnahmen nach § 14 Abs 1 und 3 führen können.

(3) Die sonstigen Vorschriften und Grundsätze der Amtshilfe bleiben unberührt.²⁷⁶

Die ersten kritischen Reaktionen auf diesen Gesetzesentwurf kamen aus dem Land Bayern, welches im Gesetzgebungsverfahren darauf hinwies, dass die Bestimmungen zum Streitkräfteeinsatz mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung unvereinbar seien.²⁷⁷ Im Verfahren nach Art 76 Abs 2 dGG stimmte der Bundesrat diesen Bedenken auch zu, das Gesetz wurde jedoch trotzdem mit den Stimmen der damaligen rot-grünen Koalition verabschiedet. Nach Abschluss des parlamentarischen Verfahrens machte Bundespräsident *Köhler* von seinem formellen und materiellen Prüfungsrecht nach Art 82 Abs 1 dGG Gebrauch, stimmte dem Gesetz jedoch schließlich doch zu, wenn auch bloß unter gravierendem verfassungsrechtlichen Zweifel bezüglich des Einsatzes der Streitkräfte; dies auch, um den Weg für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle zu öffnen. Tatsächlich leitete *Peter Badura* daraufhin im Auftrag der bayerischen Staatsregierung und der hessischen Landesregierung ein Normenkontrollverfahren gegen §§ 13 – 15 dLuftSiG beim BVerfG ein. Zeitgleich erhob der ehemalige FDP-Abgeordnete *Burkhard Hirsch* im Namen von fünf deutschen Staatsbürgern eine Verfassungsbeschwerde gegen § 14 Abs 3 dLuftSiG. „Ein Gesetzgeber (kann) nicht bei klarem Verstand sein, wenn er eine Rechtslage dafür schaffen wollte, ein vollbesetztes Passagierflugzeug ab- und seine Passagier dabei in Notwehr zu erschiessen.“²⁷⁸

VI. A. 3. Verfassungsbeschwerde beim deutschen BVerfG und Zusammenfassung des Urteils

Zunächst ist festzuhalten, dass die zu prüfende Verfassungswidrigkeit nicht das gesamte dLuftSiG oder auch nur §§ 13-15 dLuftSiG betraf, sondern nur die Regelung des § 14 Abs 3 dLuftSiG.

²⁷⁶ In dieser Form auch kundgemacht in dBGBI I 3/2005.

²⁷⁷ BR-Drs. 827/1/03; Die politische Diskussion in Deutschland iZm den §§ 13-15 dLuftSiG konzentrierte sich fast ausschließlich auf die Zuständigkeit der Bundeswehr für Einsätze im Inneren. Im Folgenden wird diese Problematik jedoch nur peripher erörtert.

²⁷⁸ *Hirsch*, Einsatz der Bundeswehr in inneren Krisen, ZRP 2003, 378.

VI. A. 3. a. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Inhaltlich stützte sich die Beschwerde auf eine Verletzung der Grundrechte auf Leben und auf Wahrung der Menschenwürde. Nach § 92 Abs 3 dBVerfGG kann auch ein Gesetz Grund für eine Verfassungsbeschwerde sein, wenn – nach der ständigen Rsp – der Bf durch die angegriffene Norm selbst gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist. Die Bf erklärten die Zulässigkeit ihrer Verfassungsbeschwerde damit, dass sie aus privaten und beruflichen Gründen häufig Flugzeuge als Transportmittel benutzen, und damit dass die Wahrscheinlichkeit, dass sie von einer Maßnahme nach § 14 Abs 3 dLuftSiG betroffen sein könnten, so hoch sei, dass in ihrem Falle eine Betroffenheit iSd § 92 Abs 3 dBVerfGG vorliege; die Betroffenheit von einer Maßnahme nach § 14 Abs 3 sei für sie nicht nur eine theoretische Möglichkeit. Das dBVerfG erachtete die Beschwerde für zulässig und erklärte im Gegenzug zu der Argumentation, dass die Bf weder gegenwärtig noch unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen seien, dass es wohl kaum zu erwarten sei, dass jemand aus einem entführten Flugzeug heraus eine Verfassungsbeschwerde schreibt.

VI. A. 3. b. Formelle Verfassungswidrigkeit²⁷⁹

In Bezug auf die formelle Verfassungswidrigkeit führte das dBVerfG zwei Gründe an: Erstens fehle es an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und zweitens dürften die Streitkräfte nur zur Verteidigung und da nur insoweit, als es das Grundgesetz ausdrücklich zulässt, eingesetzt werden; der Einsatz der Streitkräfte, in einer der von dem dLuftSiG beschriebenen Situationen, lasse sich nicht auf eine im Grundgesetz enthaltene Kompetenzregelung stützen.

Bezüglich des ersten Punktes wies das dBVerfG in seinen Ausführungen zunächst darauf hin, dass sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht aus Art 73 Abs 1 dGG alleine herleiten ließe. Zwar habe der Bund mit der Schaffung des dLuftSiG das Ziel verfolgt, den Ländern Hilfe bei der Bewältigung einer ihnen obliegenden Aufgabe im Zuge der Gefahrenabwehr zu leisten, jedoch handle es sich bei den im dLuftSiG

²⁷⁹ Die formelle Verfassungswidrigkeit bzw ihre Prüfung ist im Rahmen dieser Arbeit von keiner Relevanz, der Vollständigkeit halber, wird sie aber hier nun kurz erwähnt.

geregelten Fallkonstellationen nicht um einen Fall der Verteidigung.²⁸⁰ Die Heranziehung des Art 73 Abs 1 dGG sei verfehlt und damit die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht gegeben.

Hinsichtlich des Einsatzes der Streitkräfte brachte das Gericht vor, dass das dLuftSiG nicht mit der Wehrverfassung vereinbar sei. Grundsätzlich wäre das Gesetz zwar unter den Tatbestand der Amtshilfe gem Art 35 dGG zu subsumieren, wonach die Länder bei einer Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall die Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei anfordern können bzw im Falle, dass mehrere Länder betroffen sind, die Bundesregierung hierzu Weisungen erteilen könnte; das Gericht führte jedoch weiter aus, dass der Gesetzgeber nicht innerhalb der Grenzen der Amtshilfenvorschriften geblieben sei, da die Streitkräfte, die zur Unterstützung der Polizei eingesetzt werden, nur solche Waffen verwenden dürfen, die das Landesrecht für Polizeikräfte vorsieht. Militärische Kampfflugzeuge oder Raketen, die für die im dLuftSiG vorgesehenen Maßnahmen notwendig wären, zählten dazu aber nicht.

Auch im Lichte der Notstandsgesetze aus dem Jahr 1968, die durch Art 87a Abs 2 bis 4 dGG einen Bundeswehreinsatz über die Landesverteidigung hinaus prinzipiell im Verteidigungs- und Spannungsfall zum Schutz ziviler Objekte bzw bei drohender Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche Grundordnung des Bundes oder eines Landes gegen bewaffnete Aufstände ermöglichen, sei das dLuftSiG „nicht mit den wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes zu vereinbaren“²⁸¹.

De facto hätte das dBVerfG seine Prüfung an dieser Stelle beenden und das Gesetz aufgrund formeller Verfassungswidrigkeit für nichtig erklären können. Dies tat es aber nicht; es befasste sich ausdrücklich auch mit der Frage der materiellen Verfassungswidrigkeit.

²⁸⁰ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 90.

²⁸¹ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 92.

VI. A. 3. c. Materielle Verfassungswidrigkeit

Um auf die materielle Verfassungswidrigkeit des dLuftSiG einzugehen, und für die spätere Prüfung am Maßstab des Art 2 ist zunächst der Inhalt und der Umfang der Bestimmung des § 14 dLuftSiG näher zu erläutern:

Gem § 14 Abs 3 dLuftSiG sind Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt, dass „nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“. Eine explizite Aussage darüber, ob die Zulässigkeit auch dann gegeben wäre, wenn sich unbeteiligte Dritte an Bord des die Gefahr verursachenden Luftfahrzeugs befinden, fehlt

Hans Christian Ströbele erklärte dieses Fehlen einer Regelung über den Abschluß eines Flugzeugs mit unschuldigen Passagieren als absichtlich; § 14 Abs 3 dLuftSiG beurteile sich diesbezüglich „nach den normalen Kriterien entweder des übergesetzlichen Notstandes...oder nach den sonstigen Regelungen für Notstand und Nothilfe“²⁸². Das dLuftSiG stelle auf keinen Fall eine Legitimation zur Tötung von unschuldigen Menschen in Passagierflugzeugen dar.

Ernst Burgbacher und *Clemens Binninger* wiesen jedoch darauf hin, dass dieser Ansicht der weit gefaßte Wortlaut der Bestimmung entgegenstehe. Es sei zu beachten, dass das dLuftSiG vor dem Hintergrund der Ereignisse des 11. September 2001 erarbeitet wurde. Im Hinblick darauf wäre es unlogisch, wenn der Gesetzgeber die terroristischen Anschläge auf das World Trade Center zwar als Motivation für eine Kodifikation notwendiger Abwehrmaßnahmen sähe, den Mißbrauch einer Passagiermaschine als Waffe aber nicht ausreichend berücksichtigte bzw regelte. Darüber hinaus würde der reine sog. „Flugzeugdiebstahl“ sich wahrscheinlich nur auf den Mißbrauch von Kleinflugzeugen beschränken, da die Entführung eines leeren Verkehrsflugzeuges sowohl die Mitwirkung zahlreicher Personen, wie zB Flugsicherung und Fluglotsen als auch die Zuhilfenahme von Drucksmitteln benötigen würde. Dass der Gesetzgeber nun eine Regelung trifft, die nur für einen ähnlichen Fall bestimmt sei, wie er sich am 5. Jänner

²⁸² Plenarprotokoll 15/89, 7893ff.

2003 in Frankfurt ereignet hat, bzw für die Möglichkeit, dass ein leeres Verkehrsflugzeug entführt wird, sei eher unwahrscheinlich. Für diesen Standpunkt spricht, dass es in den Gesetzesmaterialien zur Begründung der Kodifikation dieser Norm heißt, dass die Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Einwirken mit Waffengewalt ist, „dass zusätzlich zu dem Leben der im Luftfahrzeug befindlichen Menschen zielgerichtet auch das Leben anderer Menschen durch den Einsatz von Gewalt rechtswidrig bedroht wird.“²⁸³ Soll es sich aber um eine „rechtswidrige“ Bedrohung der an Bord befindlichen Personen handeln, so ist dies nur möglich, wenn sich unschuldige Dritte (Passagiere, Crew) in dem Luftfahrzeug befinden.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass das dLuftSiG sowohl den Abschuss eines nur mit Entführern besetzten Luftfahrzeugs umfasst als auch den Abschuss eines darüber hinaus mit unschuldigen Personen besetzten Luftfahrzeugs. Die rechtliche Untersuchung des dBVerfG musste demzufolge beide Varianten berücksichtigen.

a.) Bei dem entführten Luftfahrzeug handelt es sich – wie am 11. September 2001 – um ein Passagierflugzeug, dh vom Abschuss wären auch die Entführungsoffer, also unschuldige Passagiere und Besatzungsmitglieder, betroffen.

b.) Es handelt sich um ein unbemanntes bzw ausschließlich mit in krimineller Weise angreifenden Personen besetztes Luftfahrzeug, die das Luftfahrzeug als Waffe gegen Menschen auf der Erde einzusetzen beabsichtigen – wie am 5. Jänner 2003 in Frankfurt befürchtet.

Ad a.) Das dBVerfG setzte sich in seinem Urteil mit den einzelnen Argumenten für einen Abschuss auseinander und begann mit der These, dass es sich dabei eigentlich um den Abschuss eines als Waffe eingesetzten Luftfahrzeugs handle, wobei Passagiere und Besatzungsmitglieder in einem solchen unglücklichen Fall als Bestandteil der Tatwaffe zu beurteilen wären; folglich müssten sie sich auch als solche behandeln lassen. Das dBVerfG erhob jedoch auch gegen diese These einen Einwand und verwies im Zusammenhang damit, auf die Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 dGG, welche ihre Definition in der „Negativformel“ der sog „Objektformel“ findet. Nach dieser sei jede

²⁸³ BT-Drs. 15/2361, 21.

Behandlung eines Menschen durch die öffentliche Gewalt verboten, die seine Subjektqualität prinzipiell in Zweifel zieht. Laut der Kommentierung der Menschenwürdegarantie von *Dürig* - dem Vater der „Objektformel“ - ist die Menschenwürde immer dann verletzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“²⁸⁴ Im Falle einer Entführung eines Flugzeuges würde der unschuldige Passagier, da er zur Herbeiführung der Gefahr, nämlich, zur Entführung mit dem Ziel, das Flugzeug als Waffe zu gebrauchen, nichts beigetragen und in einer solchen Situation auch keine Möglichkeit der Einflussnahme zur selbständigen Veränderung seiner Lebensumstände habe, vom Staat zu einem bloßen Objekt seiner Rettungsaktion degradiert. Es komme zu einer Entrechtung und Verdinglichung des Menschen. Darüber hinaus führte das dBVerfG auf Grundlage der Aussage der Vereinigung Cockpit und der UFO (Unabhängige Flugbegleiter Organisation)²⁸⁵ aus, dass es „praktisch unmöglich“²⁸⁶ sei, die „Lage an Bord“ – liegt überhaupt eine Entführung vor; Entschlusskraft der Entführer; etc - zu beurteilen. Die zahlreichen Variablen, die eine Beurteilung der Lage so schwierig machen würden, lägen aber nicht nur in der Sphäre der Täter, wie zB, dass Motiv und Ziel der Entführung bis zum Schluss höchst spekulativ wären, sondern auch äußere Umstände wie zB Wetterverhältnisse oder fehlerhafte Maschinen.

Als nächstes widmete sich das Gericht dem Argument, dass sowohl Passagiere als auch die Besatzungsmitglieder mit dem Besteigen des Luftfahrzeuges, für den Fall einer Entführung durch Terroristen konkludent in die eigene Tötung einwilligen würden. Das dBVerfG lehnte diese Ansicht jedoch als eine „lebensfremde Fiktion ohne realistischen Hintergrund“ ab. Eine solche Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Fluglinien sei unvorstellbar. Ebenso lehnte das dBVerfG die Überlegung ab, dass die Menschen an Bord der entführten Maschine sowieso dem Tode geweiht wären; der Zeitpunkt ihres Todes wäre im Fall eines Abschusses nur minimal nach vorne verschoben. Das Gericht entgegnete dem, dass das Handeln des Kampfpiloten trotzdem weiterhin kausal für die Tötung der Unschuldigen bliebe, ihr Leben würde objektiv verkürzt werden, selbst wenn es sich nur um Minuten handelte. Das menschliche Leben genieße „ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen

²⁸⁴ *Herdegen*, in: *Maunz/Badura* (Hrsg) Grundgesetz (2001), Art 1 GG, Rn 28.

²⁸⁵ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 126.

²⁸⁶ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 128.

gleichen verfassungsrechtlichen Schutz.²⁸⁷ Als nächsten Punkt beschäftigte sich das Gericht mit der Frage, ob die an Bord befindlichen Menschen nicht dazu verpflichtet seien, sich aufzuopfern. Dieser Aufopferungsgedanke entstammt dem deutschen SoldatenG, welches von dem Tenor getragen wird, dass ein Einzelner die Pflicht hat, sich aufzuopfern, wenn es ansonsten keine andere Möglichkeit gibt, das Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen Zusammenbruch oder Zerstörung abzielen.²⁸⁸ In seiner Entscheidung erklärte das dBVerfG aber, dass ein Denken in militärischen Kategorien iZm dem dLuftSiG abzulehnen sei, da es sich bei dem behandelten Luftzwischenfall nicht um einen Angriff zur Beseitigung des Gemeinwesens und der Vernichtung der staatlichen Ordnung handle.²⁸⁹

Zuletzt wurde die staatliche Schutzpflicht, die sich aus Art 2 Abs 2 Satz 1 dGG iVm Art 1 Abs 1 dGG ergibt, als Rechtfertigung für § 14 Abs 3 dLuftSiG genannt. Das dBVerfG führte diesbezüglich aus, dass dem Staat bei Erfüllung seiner Schutzpflichten ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zuerkannt werde. Im Gegensatz zu den Grundrechten, die als subjektive Abwehrechte sehr bestimmt seien, seien die staatlichen Schutzpflichten „grundsätzlich unbestimmt“.²⁹⁰ In welcher Form die staatlichen Organe ihrer Schutzpflicht nachkommen, liege in deren eigener Verantwortung. Der Einsatz des gewählten Mittels finde nur in seiner Kompatibilität mit der Verfassung seine Grenzen. Es dürfe nicht darauf vergessen werden, dass auch die sich an Bord eines entführten Luftfahrzeugs befindlichen unschuldigen Menschen Opfer eines Angriffs seien und damit auch Anspruch auf staatlichen Schutz hätten. Im Falle eines Abschusses würde der Staat nicht nur diesen Menschen ihren staatlichen Schutz verwehren, er würde sogar darüber hinausgehend selbst in ihr Leben eingreifen. Ein solches Handeln des Staates missachte in einer mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarenden Weise die Subjektstellung des Menschen. Die Tatsache, dass ein Abschuss nur mit dem Ziel, das Leben anderer Menschen zu erhalten und zu schützen, befehligt würde, ändere nichts daran.²⁹¹

Nach Abwägung dieser einzelnen Gesichtspunkte bekräftigte das dBVerfG, dass „die Ermächtigung der Streitkräfte, gemäß § 14 Abs 3 des dLuftSiG durch unmittelbare

²⁸⁷ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 132f.

²⁸⁸ Merk, „Auch über den Wolken dürfen Gesetze nicht grenzenlos sein.“, Gastvortrag an der Juristischen Fakultät Augsburg am 10.5.2006, 17.

²⁸⁹ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 135ff.

²⁹⁰ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 138.

²⁹¹ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 139.

Einwirkung mit Waffengewalt ein Luftfahrzeug abzuschießen, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, mit dem Recht auf Leben nach Art 2 Abs 2 Satz 1 dGG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 dGG nicht vereinbar ist, soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen sind.²⁹²

Ad b.) Im Gegensatz zu dem oben unter a.) Besprochenem sah das Gericht keinerlei Widersprüche bzw. Kollisionen zwischen § 14 Abs 3 dLuftSiG mit dem Abschuss eines unbemannten Luftfahrzeugs oder eines Luftfahrzeugs ausschließlich besetzt mit Personen, welche die Maschine als Waffe gegen unschuldige Menschen einzusetzen beabsichtigen, und dem Recht auf Leben nach Art 2 Abs 2 Satz 1 dGG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 dGG. Jemand der durch einen rechtswidrigen Angriff mit Hilfe eines Luftfahrzeugs menschliches Leben vernichten will, „wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt, wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht.“²⁹³ Das dBVerfG erklärte weiter, dass es gerade im Sinne der Objektformel sei, das Handeln der Angreifer auch diesen zuzurechnen. Die Entführer übernahmen nur die Verantwortung für das Geschehen, welches sie selbst in Gang gesetzt hätten, ihr Tod könne daher in Kauf genommen werden.²⁹⁴ Eventuelle Unsicherheiten, was das Ziel der Entführung betrifft, seien in einem solchen Fall nicht vorhanden bzw nicht beachtlich, da die Personen, in deren Gewalt sich das Luftfahrzeug befindet, im Zuge der Vorfeldmaßnahmen, den Abschuss durch Abdrehen oder Landen des Luftfahrzeugs verhindern könnten. Darüber hinaus entfielen sämtliche potentielle Missverständnisse, die sich wegen der erschwerten Kommunikation zwischen Entführern und den bedrohten Besatzungsmitgliedern bzw zwischen Letzteren und dem Bodenpersonal ergeben könnten. „Es ist (...) hier eher möglich, hinreichend verlässlich und auch rechtzeitig festzustellen, dass ein Luftfahrzeug als Waffe für einen gezielten Absturz missbraucht werden soll.“²⁹⁵

Weiters stellte das dBVerfG fest, dass, soweit sich die Maßnahmen des § 14 Abs 3 dLuftSiG nur gegen ein unbemanntes bzw ein ausschließlich mit Entführern besetztes

²⁹² dBVerfG 1 BvR 357/05, S 1, LS Nr 3.

²⁹³ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 141.

²⁹⁴ Der Grundgedanke hier ist ähnlich wie bei *Merkl*, siehe Kap III. C. b.1.

²⁹⁵ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 142.

Luftfahrzeug richten, diese auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Wenn Gewissheit über die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen bestehe, sei das Ergebnis einer Gesamtabwägung, dass der mit einem Abschuss verbundene Grundrechtseingriff nicht so schwer wiegt, wie die zu schützenden Rechtsgüter.

Insgesamt erklärte das dBVerfG die Bestimmung des § 14 Abs 3 dLuftSiG für mit dem dGG unvereinbar und daher für nichtig, und zwar trotz des Ergebnisses der Beurteilung im Zusammenhang mit dem Fall eines ausschließlich mit Terroristen besetzten Flugzeuges. .

VI. A. 4. § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz in der Rechtswissenschaft

Die Reaktionen auf § 14 Abs 3 dLuftSiG waren in der Gesetzgebungsphase im Jahr 2004 überraschenderweise zunächst eher verhalten. Der „beispiellose Tabubruch“²⁹⁶, welcher mit § 14 Abs 3 dLuftSiG vollzogen wurde, sickerte nur langsam - so schien es - in das Bewusstsein der Jurisprudenz. Nach und nach, besonders nach dem Inkrafttreten des dLuftSiG im Jahr 2005, erschienen - und erscheinen noch immer - zahlreiche Kommentierungen zu diesem Gesetz bzw nach seiner Nichtigerklärung im Jahr 2006 zu dem Urteil des dBVerfG; die Aussage von *Baldus*²⁹⁷, dass das dLuftSiG eine „wahrhafte Literaturlawine“ auslöste, bringt es auf den Punkt.

Obwohl ein großer Teil der rechtlichen Erläuterungen zu § 14 Abs 3 dLuftSiG in die gleiche Richtung und auch zu ähnlichen Ergebnissen gelangen, unterscheiden sie sich insbesondere in ihren empfohlenen Konsequenzen. Diese reichen von einer ersatzlosen Streichung des § 14 Abs 3 dLuftSiG über Vorschläge zu dessen Verbesserung bis zu der bloßen Feststellung, dass § 14 Abs 3 dLuftSiG zwar in der „alten“ Fassung verfassungswidrig sei, dass es aber dennoch eine Reaktion des Staates auf die Bedrohung durch den Terrorismus geben müsste.²⁹⁸

²⁹⁶ *Merkel*, Wenn der Staat Unschuldige opfert, Die Zeit 8.7.2004/29.

²⁹⁷ *Baldus*, Gefahrenabwehr in Ausnahmelagen - Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, NVwZ 2006, 532.

²⁹⁸ Vgl. zB: *Baldus*, Gefahrenabwehr in Ausnahmelagen - Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, NVwZ 2006, 532; *Sinn*, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?, NStZ 2004, 585; *Pawlik*, §14 Abs 3des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1045.

Sehr viele Kommentierungen beschäftigen sich insbesondere mit der Kompatibilität mit dem – deutschen – Strafgesetzbuch bzw mit der Verfassungsmäßigkeit eines Abschusses eines Luftfahrzeugs mit unbeteiligten Fluggästen an Bord, wobei in letzterem Fall der am häufigsten herangezogene Prüfungsmaßstab Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 2 dGG waren. Im Folgenden wird auf den - obwohl äußerst spannenden - strafrechtlichen Diskurs nicht näher eingegangen; dies nicht nur, weil Schwerpunkt dieser Arbeit auf Art 2 liegt, sondern weil der Grundkonflikt, der durch § 14 Abs 3 dLuftSiG aufgeworfen wurde, nicht mit den Regeln und Techniken der Strafrechtsdogmatik gelöst werden kann.²⁹⁹ Mit anderen Worten, es geht hier nicht um Strafrecht, wobei der Griff dazu mehr als nahe liegend wäre, verwirklicht doch ein Abschuss eines besetzten Luftfahrzeugs objektiv den Tatbestand eines Mordes oder zumindest einer fahrlässigen Tötung. Es geht hier um eine fundamentalere Grenzziehung, für welche es nur einen Maßstab geben kann, nämlich den menschenrechtlichen, in concreto das Recht auf Leben. Der Einwand an dieser Stelle, dass § 14 Abs 3 dLuftSiG doch bereits des Öfteren am Maßstab des nationalen Rechts auf Leben iSd Art 2 Abs 2 dGG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 dGG geprüft wurde, ist zwar grundsätzlich richtig, aber in Hinblick darauf, dass das Gesetz der Versuch einer Antwort auf den modernen, eine globale Gefährdung darstellenden Terrorismus ist, zu kurz gedacht. Die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit eines Abschusses eines mit unschuldigen Dritten besetzten Luftfahrzeugs – als ein Paradigma für die Bekämpfung von Terrorismus unter Beeinträchtigung des Rechts auf Leben unschuldiger Dritter - bloß an Hand nationaler Rechtsvorschriften vorzunehmen, läuft als solche Gefahr, zu kurz zu greifen. Jeder Staat könnte jederzeit, aus denselben oder vergleichbaren Gründen ein dem § 14 Abs 3 dLuftSiG ähnliches Gesetz erlassen. Es ist somit sinnvoller, einen Maßstab zu wählen, dessen persönlicher Schutzbereich staatenübergreifend ist.

²⁹⁹ *Merkel*, § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, in *Graulich/Simon* (Hrsg) Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit (2007) 191.

VI. A. 5. Rechtliche Beurteilung des § 14 Abs 3 deutsches Luftsicherheitsgesetz am Maßstab des Art 2 EMRK³⁰⁰

Wie bei der rechtlichen Beurteilung durch den dBVerfG sind auch bei der Prüfung am Maßstab der EMRK die zwei möglichen Varianten zu berücksichtigen:

a.) Bei dem entführten Luftfahrzeug handelt es sich – wie am 11. September 2001 – um ein besetztes Passagierflugzeug, dh vom Abschuss wären auch die Entführungsoffer, also unschuldige Passagiere und Besatzungsmitglieder betroffen.

b.) Es handelt sich um ein ausschließlich mit in krimineller Weise angreifenden Personen besetztes Luftfahrzeug, die das Luftfahrzeug als Waffe gegen Menschen auf der Erde einzusetzen beabsichtigen – wie am 5. Jänner 2003 in Frankfurt befürchtet.

Zu Beginn der rechtlichen Beurteilung ist hervorzuheben bzw in Erinnerung zu rufen, dass im Falle Deutschlands eine allgemein gültige Ermächtigungsnorm und nicht eine konkrete Handlung per se zu prüfen ist. Dieser Umstand wird im Folgenden noch mehrmals betont werden und seine Bedeutung wird an Klarheit zunehmen.

VI. A. 5. a. Abschuss eines Luftfahrzeugs und damit verbundene Tötung von unschuldigen Dritten gem deutschem LuftSiG

VI. A. 5. a. 1. Zurechenbarkeit der Tötungshandlung

Bei einem Abschuss eines auch mit unbeteiligten Personen besetzten Luftfahrzeugs handelt es sich ohne Zweifel zumindest um eine Lebensgefährdung, wenn nicht sehr viel wahrscheinlicher um eine Tötung unbeteiligter Dritter. Nach Art 2 ist als erster Schritt daher die Zurechenbarkeit zu bestimmen, nämlich von wem die Gefährdung des Lebens oder seine Vernichtung ausgeht.³⁰¹ Im konkreten Fall würden gem § 13 dLuftSiG zur

³⁰⁰ Die Prüfung der formellen Verfassungswidrigkeit, die in Deutschland an primärer Stelle durchgeführt wurde, ist in Bezug auf die Prüfung am Maßstab des Art 2 unerheblich. Es wird daher gleich auf die materielle Prüfung eingegangen.

³⁰¹ Im Weiteren wird auf die Gefährdung des Lebens nicht mehr speziell hingewiesen. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein an Bord befindlicher Mensch den Abschuss überlebt, ist als so gering einzustufen, dass es viel nahe liegender ist, von einer Tötung auszugehen. Trotzdem ist festzuhalten, dass

Unterstützung der Polizeikräfte der Länder die Streitkräfte, heißt die Bundeswehr, tätig werden. Ist die Genehmigung zum Einsatz der Streitkräfte erteilt, stehen diesen gem §§ 14 und 15 dLuftSiG verschiedene Maßnahmen bis hin zum Abschuss des Luftfahrzeugs zur Verfügung. Für die Frage der Zurechenbarkeit bestimmter Handlungen nach der EMRK ist die Zuordnung zu einer bestimmten von mehreren Staatsfunktionen (hier Polizeikräfte der Länder oder Streitkräfte) ohne Einfluss. Es handelt sich jedenfalls um Tötungshandlungen bzw eine Lebensgefährdung durch eine Staatsfunktion, sodass die Handlung dem Staat zurechenbar wäre.

VI. A. 5. a. 2. Absichtliche / unabsichtliche Tötung der unschuldigen Dritten

Im nächsten Schritt ist nun zu klären, ob es sich bei der Tötung der unbeteiligten Flugteilnehmer um eine absichtliche handelt, die per se gem Art 2 Abs 1 Satz 2 als Verletzung der EMRK zu beurteilen ist, oder um eine unabsichtliche. Grundsätzlich wäre ein Abschuss eines Flugzeugs, in dem sich Menschen befinden, wohl als gezielte und damit absichtliche Tötung zu bezeichnen. Die theoretische Annahme, dass ein Flugzeug abgeschossen wird mit der bloßen Intention, das Objekt „Flugzeug“ zu vernichten, ohne die darin befindlichen unbeteiligten Passagiere zu töten, erscheint auf den ersten Blick absurd - aber genau dies ist hier der Fall. Die Beurteilung von Absichtlichkeit oder Unabsichtlichkeit gestaltet sich somit im konkreten Fall etwas schwieriger und es ist nötig, ein wenig weiter auszuholen:

Nach dem Schrifttum³⁰² erfüllt jede Form des Vorsatzes das Kriterium der „Absichtlichkeit“. Vorsatz selbst besteht immer aus der sog. Wissens- und der sog. Willenskomponente, wobei die hL drei Abstufungen unterscheidet:

- dolus directus specialis, wenn es dem Täter darauf ankommt, den Erfolg zu verwirklichen,
- dolus directus principalis, wenn der Täter die Verwirklichung des Erfolgs für gewiss hält, und
- als letzte Vorsatzform den dolus eventualis, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes für möglich hält und er sich damit abfindet.

das nachfolgend Ausgeführte natürlich auch für einen, einen Abschuss iSd §14 Abs 3 dLuftSiG Überlebende gilt, da - wie bereits ausgeführt - auch die Lebensgefährdung in den Schutzbereich des Art 2 fällt.

³⁰² Siehe Kap III. C. 1. b.

Prinzipiell wäre den durch den Abschuss eines angreifenden Luftfahrzeugs erfolgten Tötungen Unbeteiligter (bedingter) Vorsatz (dolus directus principalis bzw dolus eventualis) zu zuschreiben. Diesem Ergebnis wäre freilich im Falle eines Abschusses nach § 14 Abs 3 dLuftSiG das Fehlen des Elements der Willenskomponente entgegenzuhalten. Im Erkenntnis des dBVerfG heißt es, dass die unschuldigen Insassen des gekaperten Luftfahrzeugs „als bloße Objekte seiner (des Staates) Rettungsaktion“³⁰³ fungierten. An dieser Ansicht sind im vorliegenden Zusammenhang Zweifel anzumelden: Motivation und Ziel des Abschusses ist einzig die Rettung der am Boden befindlichen angegriffenen Menschen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es notwendig, die gegen die Menschen auf der Erde eingesetzte „Waffe“ - das Luftfahrzeug - „unschädlich zu machen“. Die Tötung der Passagiere ist jedoch als ein davon zwar nicht unabhängiger, aber jedenfalls ungewollter Akt zu sehen. Der Tod der Unschuldigen ist - zwangsläufige - Folge der Einwirkung auf das Luftfahrzeug. Der Staat will die unschuldigen Passagiere und Besatzungsmitglieder jedoch zweifelsfrei nicht töten.

Dazu sind zwei Überlegungen anzustellen: Erstens, selbst wenn der Staat die unbeteiligten Menschen an Bord nicht töten wollte, wüsste er dennoch, im Falle eines Abschusses könne und werde es wahrscheinlich zu einer Tötung auch von unbeteiligten Passagieren kommen, und er fände sich damit ab. Zweitens – dies wurde auch in der Diskussion über das dLuftSiG, wenn auch in einem anderen Zusammenhang vorgebracht - die Passagiere seien „Teil der Waffe“ und müssten sich auch als einen solchen behandeln, also auch absichtlich und gewollt töten lassen.³⁰⁴ Bei der Vorsatzform des dolus eventualis, welcher der hier dargestellten Situation wohl am ehesten entspricht, ist die Willenskomponente nur mehr sehr schwach und bloß indirekt vorhanden – der Täter findet sich mit einem möglichen Erfolg ab - mit anderen Worten: es ist ihm egal. Für den Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG wäre aber selbst diese schwache Willenskomponente noch immer zu stark: der Staat will die unschuldigen Insassen des Luftfahrzeugs überhaupt nicht töten. Hätte er eine andere Möglichkeit der Gefahrenabwehr, so müsste bzw würde er diese nützen (siehe dazu die in § 14 Abs 1 dLuftSiG ausdrücklich aufgezählten eingriffsschwächeren Maßnahmen; der Abschuss des Luftfahrzeugs ist jedenfalls erst die ultima ratio). Keinesfalls kann davon gesprochen werden, die Tötungen seien dem Staat „egal“. Folglich handelt der Staat zwar mit einer sehr starken Willenskomponente, aber

³⁰³ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 124.

³⁰⁴ Epping, BT-Innenausschuss-Prot., 15/35, 58.

nicht mit einer Willenskomponente, was die Tötung der unbeteiligten Passagiere anbelangt.

Das zweite Argument – die Unschuldigen Passagiere seien „Teil der Waffe“ – weisen sowohl die überwiegende Mehrheit der Literatur³⁰⁵ als auch - wie bereits oben geschildert - das dBVerfG kategorisch zurück, da die betroffenen Insassen mit diesem verdinglicht würden und ihnen ihr Achtungsanspruch als Mensch abgesprochen würde. Es wäre dies ein eklatantes Beispiel eines Menschenwürdeverstoßes nach der Objektformel³⁰⁶. Das Grundproblem des Arguments „Teil der Waffe“ zeigt sich bereits in der Analyse der Formulierung³⁰⁷: Nach dieser müssten die Passagiere mit dem Luftfahrzeug eine unlösbare Verbindung aufweisen und in irgendeiner Weise dazu beitragen, das Luftfahrzeug zu einer Gefahrenquelle zu machen. Bei der Verbindung, rechtlich gesehen der „Herstellung einer körperlichen Einheit aus festen Stoffen“³⁰⁸, würde es sich um eine physische Form der Zusammengehörigkeit handeln. Eine derartige physische Verbindung kann zwischen einem Menschen und einem Flugzeug aber nicht bestehen, nämlich zwischen einem Menschen aus „Fleisch und Blut“ und einer Maschine aus Metall, Plastik und Stoff.³⁰⁹ Eine physische Verbindung - zumindest in diesem Sinne - ist daher zu verneinen. Richtig ist aber, zumindest so lange sich das Flugzeug in der Luft befindet, dass die an Bord befindlichen Personen nicht von dem Luftfahrzeug zu trennen sind – es liegt also, obwohl keine physische Verbindung nach der herkömmlichen Meinung – im Moment der Entscheidung über einen Abschuss bzw des Abschusses selbst, eine Verbindung zwischen Mensch und Luftfahrzeug vor, die wahrscheinlich mit einer physischen Verbindung gleichzusetzen ist, obwohl, wie bei einer „normalen“ physischen Verbindung, die zwei Teile zwar leicht voneinander zu trennen sind, die Insassen des Flugzeugs ohne dieses aber nicht überlebensfähig sind – es handelt sich um eine

³⁰⁵ ZB Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1083; Kersten, Die Tötung von Unbeteiligten - Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 Abs 3 LuftSiG, , NVwZ 2005, 663.

³⁰⁶ Siehe Kap VI. A. 1. b.

³⁰⁷ Ebenso Merkel, § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, in: *Graulich/Simon* (Hrsg) *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit* (2007) 192.

³⁰⁸ *Koziol*, Bürgerliches Recht¹¹(2000) 280.

³⁰⁹ *Merkel*, § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, in: *Graulich/Simon* (Hrsg) *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit* (2007) 192.

„lebensnotwendige“³¹⁰ Verbindung. Ob ein Mensch ein wesentlicher Teil eines Luftfahrzeugs ist bzw sein muss, um es überhaupt zu gebrauchen, also zu fliegen, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Etwas freilich ganz anderes ist es, in wie fern der Mensch an Bord des Luftfahrzeugs dazu beiträgt, dieses zu einer Gefahrenquelle zu machen. Diese Frage wäre allerdings mit „absolut gar nichts – außer, dass er es fliegt“, zu beantworten. Das Gewicht der Körper, würde nach den physikalischen Gesetzen der Stoß- und Schwerkraft, die damit verbundene Aufschlagkraft natürlich beeinflussen, jedoch höchstens in einem völlig außer Acht zu lassenden Ausmaß. Der Schaden und die Todesopfer (abgesehen von den Menschen in den Luftfahrzeugen) vom 11. September 2001 wären nicht kleiner oder geringer gewesen, wenn die Flugzeuge unbemannt oder nur Terroristen an Bord gewesen wären. Im speziellen Fall des Piloten sieht die Beurteilung natürlich anders aus: ohne ihn wäre das Luftfahrzeug nämlich nutzlos. Seine Position wird im Folgenden separat analysiert.³¹¹ Die Formulierung und das Argument, dass die Passagiere als „Teil der Waffe“ getötet – und zwar absichtlich - werden müssen, um die Gefahrenquelle zu vernichten, sind demnach falsch, auch wenn die Aktionen an sich, Abschuss des Luftfahrzeugs und die Tötung der unschuldigen Menschen an Bord, aufgrund der „lebensnotwendigen“ Verbindung zwischen Flugzeug und Passagieren nicht zu trennen sind.

Zusammengefasst kann also festgestellt werden, dass es sich bei der absichtlichen Handlung des Staates, selbst wenn der Staat bei der Anordnung eines Abschusses eines mit unschuldigen Menschen besetzten Luftfahrzeugs sich darüber im klaren ist, dass diese dabei in ihrem Lebensrecht gefährdet bzw viel wahrscheinlicher getötet werden, um die Vernichtung der „Waffe“ und die Rettung der auf der Erde befindlichen angegriffenen Menschen handelt. Die Tötung der unschuldigen Insassen des Luftfahrzeugs ist hingegen ein vom Abschuss des Luftfahrzeugs zu unterscheidendes, unbeabsichtigtes Ergebnis, wenngleich es aus ein und derselben Handlung resultiert. Es zeigt sich demnach das Paradoxon einer bewussten, aber unabsichtlichen bzw zumindest ungewollten Handlung. Ein anderes Ergebnis, nämlich dass es sich um eine absichtliche Tötung der unschuldigen Insassen zur Rettung der angegriffenen Menschen auf der Erde handle, würde bedeuten, dass in einer von § 14 Abs 3 dLuftSiG beschriebenen Situation, allein die Tötung der

³¹⁰ Diese Bezeichnung mag wohl in diesem Zusammenhang ein wenig zynisch erscheinen, trifft das Verhältnis zwischen Luftfahrzeug und an Bord befindlichen Menschen aber am besten.

³¹¹ Siehe Kap VI. A. 5. c.

unschuldigen Dritten an Bord, ohne das Luftfahrzeug an sich zu berühren, die Rettung der Menschen auf der Erde im positiven Sinne beeinflussen würde. Ebenso falsch, weil widersprüchlich wäre es, die Tötungshandlungen an unschuldigen Dritten als absichtlichen „Kollateralschaden“ zu bezeichnen. Die Tötungshandlungen an den unschuldigen Crewmitgliedern und Passagieren sind daher als zwar bewusste, aber unabsichtliche Tötungen iSd Art 2 zu beurteilen.

VI. A. 5. a. 3. *Rechtfertigung*

VI. A. 5. a. 3. i. *„Unbedingt erforderliche Gewaltanwendung“*

Grundlegende Grenze für die Rechtfertigung aller in Art 2 Abs 2 normierten Ausnahmetatbestände ist der Maßstab der „unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung“. Da der Abschuss eines Luftfahrzeugs, auch ohne Kenntnis des genauen Verlaufs bzw der eingesetzten Sprengmittel zweifelsfrei als „Gewaltanwendung“ zu beurteilen ist, ist nur deren „unbedingte Erforderlichkeit“ eingehender zu erörtern.

Die unbedingte Erforderlichkeit entspricht der prinzipiell bei jedem Menschrechtseingriff geforderten, im Falle des Art 2 jedoch speziell hervorgehobenen Verhältnismäßigkeit. Umgelegt auf § 14 Abs 3 dLuftSiG sähe die „Formel“ zur Verhältnismäßigkeitsprüfung so aus: Das legitime Ziel - die Rettung der angegriffenen Menschen auf der Erde - muss im Gegensatz zu dem Eingriff mit dem daraus resultierendem Schaden – Abschuss des Luftfahrzeugs, Tod der unbeteiligten Menschen an Bord - sowohl normativ als auch empirisch vorteilhafter sein. Darüber hinaus muss das gewählte Mittel zur Erreichung des legitimen Zieles geeignet, erforderlich und die allerletzte effektive Möglichkeit sein.

VI. A. 5. a. 3. ii. *Legitimes Ziel, rechtmäßige Verteidigungshandlung*

Wie bereits ausführlich dargestellt statuiert Art 2 nicht nur das Recht auf Leben, sondern regelt darüber hinaus auch taxativ die Einschränkungen dieses Rechts. Selbst zur Erreichung eines „legitimen Zieles“ können daher nur die in Art 2 taxativ aufgezählten Rechtfertigungsgründe herangezogen werden. Eine explizite Beschreibung des legitimen Zieles bzw des empirisch normativen Vorteils, der sich aus dem Abschuss ergeben sollte, fehlt zwar im § 14 Abs 3 dLuftSiG, ergibt sich jedoch aus der Formulierung „dass das

Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll“. Der daher einzige in Betracht kommende Rechtfertigungsgrund ist die Tötung zur Verteidigung eines Menschen gem Art 2 Abs 2 lit a „jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen“ – die Notwehr bzw die Nothilfe.³¹² Grundvoraussetzung ist somit das Vorliegen einer rechtswidrigen Gewaltanwendung gegen eine Person. Festzuhalten ist zunächst, dass in einer von § 14 Abs 3 dLuftSiG angesprochenen Situation unterschiedliche Gewaltanwendungen gegen unterschiedliche Personengruppen vorliegen, nämlich

- gegen die Menschen an Bord des Luftfahrzeugs einerseits und
- gegen Menschen auf der Erde andererseits.

Die Reihenfolge, in welcher diesen beiden Personengruppen zunächst das Recht auf Leben zukommt, also wem als erster in chronologischer Reihenfolge geholfen werden soll bzw muss, ist bezogen auf die Prüfung des § 14 Abs 3 dLuftSiG irrelevant, da die unschuldigen Insassen des angreifenden Luftfahrzeugs von „außen“, also durch den Eingriff staatlicher Sicherheitskräfte, egal ob Polizei- oder Streitkräfte, gar nicht verteidigt werden können. Einzig die Menschen auf der Erde, gegen die das Luftfahrzeug als Waffe eingesetzt werden soll, können - wenn überhaupt - verteidigt werden. Konsequenterweise sieht § 14 Abs 3 dLuftSiG somit auch nur Maßnahmen zur Verteidigung der Menschen am Boden vor. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer „rechtswidrigen Gewaltanwendung“ geht es folglich nicht um die Entführung und die Geiselnahme der Insassen des Luftfahrzeugs, sondern ausschließlich um den angedrohten Einsatz des Luftfahrzeugs gegen Menschen auf der Erde.³¹³

Die Rechtswidrigkeit des terroristischen Einsatzes eines Luftfahrzeugs gegen Menschen am Boden liegt auf der Hand und ist per se nicht näher zu erläutern. Darüber hinaus zu beachten ist hingegen, dass der Angriff iS einer „rechtswidrigen Gewaltanwendung“

- gegenwärtig oder unmittelbar drohend,
- ernstzunehmend,
- rechtswidrig und

³¹² Siehe Kap III. C. 2. b. 1.

³¹³ Der Gesetzgeber nimmt bereits eine Abwägung zugunsten der Menschen am Boden vor; aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dies durchaus problematisch. Das BVerfG nahm sich diesem zusätzlichen Konfliktherd aber gar nicht erst an.

- gegen ein hochwertiges Rechtsgut, nämlich das Leben eines Menschen, gerichtet sein muss.

„Gegenwärtig“ ist ein Angriff nach strafrechtlichem Rechtsverständnis „dann, wenn nach menschlicher Erfahrung der ungewöhnliche Zustand bei natürlicher Weiterentwicklung jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, wenn also der Eintritt eines Schadens sicher oder doch höchstwahrscheinlich ist, sofern nicht sofort Abwehrmaßnahmen ergriffen werden“³¹⁴, bzw. „wenn die Gegenwehr zur Rettung des bedrohten Gutes bereits sachlich geboten ist, weil später keine wirksame Verteidigungsmöglichkeit mehr besteht“.³¹⁵ In dem Zeitpunkt, in dem ein Abschuss eines Luftfahrzeugs iSd § 14 Abs 3 dLuftSiG Sinn machen könnte bzw für den das Gesetz diesen erlaubt, handelt es sich ohne Zweifel um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff gegen das Leben der unschuldigen Besatzungsmitglieder und Passagiere. Schwieriger ist jedoch die hier einzig relevante Gewaltanwendung gegen die am Boden befindlichen Menschen zu beurteilen. Maßgeblich für diese Beurteilung, ob eine gegenwärtige oder unmittelbar drohende, ernst zu nehmende, rechtswidrige Gewaltanwendung vorliegt oder nicht, ist die subjektive ex ante Sicht des „Retters“ - im Falle des § 14 Abs 3 dLuftSiG des Bundesministers der Verteidigung oder im Falle von dessen Vertretung des dazu berechtigten Mitglieds der Bundesregierung, da diese über den Abschuss zu entscheiden haben. Ohne Belang ist hier die Sicht des Soldaten, der den Abschuss tatsächlich vornimmt, da die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsnorm § 14 Abs 3 dLuftSiG zu beurteilen ist und nicht die der Handlung per se. Ab welchem Zeitpunkt ist nun der terroristische Einsatz des Luftfahrzeugs als „gegenwärtig“ zu bezeichnen? Leider ist zur Beantwortung dieser Frage die Formulierung des § 14 Abs 3 dLuftSiG nicht besonders hilfreich, nämlich „wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll“. Durch die Aussagen der Vereinigung Cockpit und der UFO (Unabhängige Flugbegleiter Organisation) wurde übereinstimmend bestätigt, dass zahlreiche Variable dazu führen könnten, dass eine Beurteilung der „Lage an Bord“ unmöglich wäre. Als eine dieser Unsicherheiten wird ua genannt, dass ohne konkrete Angaben der Terroristen nie mit Sicherheit gesagt werden könne, welches Ziel (Gebäude, Stadion etc) bzw mit welcher Intention (uU wollen sie auch einfach nur an einem bestimmten Ort „normal“ landen) das Ziel von den Terroristen angesteuert werde. Dem

³¹⁴ Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB²⁶ (2007), § 34 StGB.

³¹⁵ Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I³ (1998) 149f.

entgegenzuhalten ist, dass es nicht nur auf die „Lage an Bord“ ankommt, sondern auch auf die „Sicht von außen“. Und so kann es durchaus Situationen geben, in denen zwar keine präzise Aussage über die „Lage an Bord“ möglich ist, in denen die Intention der Entführer jedoch mit einem hohen Grad an Sicherheit vorhergesagt werden kann. Als Beispiel dafür müssen nur die Ereignisse des 11. September 2001 in New York und Washington rekapituliert werden. Aus ex ante Sicht hätte niemand zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens der ersten Flugzeugentführung einen auch nur mittelbar drohenden Angriff auf die Menschen im World Trade Centre (WTC) angenommen - wobei mit ein Grund dafür war, dass ein solcher Vorfall damals außerhalb jeglicher Erfahrungswelten lag. Im Gegensatz dazu war bei den nachfolgenden weiteren Flugzeugentführungen am selben 11. September 2001 sowohl den Passagieren als auch den Menschen im und außerhalb des WTC bzw auch in jedem anderen wichtigem Gebäude etwa in Washington die unmittelbare Gefahr für das Leben der Personen in jenen Bauten bewusst. Es sei an dieser Stelle an die Telefonate³¹⁶ der Passagiere der Maschine UA 93 nach San Francisco erinnert, welche wahrscheinlich durch Handlungen der Passagiere bei Pennsylvania zum Absturz gebracht wurde. Aus dem Inhalt der Telefonate geht eindeutig hervor, dass die Menschen an Bord der Maschine eine halbe Flugstunde von Washington, dem wahrscheinlichen Ziel entfernt von den Absichten der Entführer derart überzeugt waren, dass sie sich entschlossen zu handeln. Für die „beobachtenden“ Personen lag demnach ein gegenwärtiger bzw unmittelbar drohender Angriff auf die auf der Erde befindlichen Personen vor.

Der Vorfall des 11. Septembers 2001 hinterlässt nachhaltig seine Spuren. Eine der Auswirkungen zeigte sich am Vorfall in Frankfurt und den ersten Reaktionen darauf, nämlich eine stark erhöhte Sensibilisierung. Die Kaperung eines Luftfahrzeugs löst derzeit wahrscheinlich schneller ein subjektives Gefühl eines unmittelbar drohenden Angriffs aus, als vor dem 11. September 2001. Dass ein Entführungsszenario automatisch bei einem großen Teil der Bevölkerung das subjektive Gefühl eines unmittelbar drohenden Angriffs hervorruft, ist jedoch für sich nicht ausreichend. Das tatsächliche Vorliegen einer Gefährdung muss im Einzelfall erforscht werden. Im Ergebnis kann also festgestellt werden, dass im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG einerseits eine generelle Aussage über das Vorliegen einer „rechtswidrigen Gewaltanwendung“ gegenüber

³¹⁶ Hujer, Telefonate vom Todesflug, 13.9.2001, <http://www.sueddeutsche.de/politik/360/352192/text/> (7.6.2010).

Menschen am Boden iSd Art 2 Abs 2 lit a, gegen die eine Verteidigung durch eine Tötungshandlung zulässig wäre, aufgrund bestätigter Prognoseunsicherheiten nicht getötet werden kann. Andererseits wäre allerdings ein völliger Ausschluss eines subjektiven Gefährdungsgefühls als Rechtfertigung einer Tötungshandlung gem Art 2 Abs 2 lit a ebenso falsch. Die Voraussetzung einer „rechtswidrigen Gewaltanwendung“ kann demnach uU im Einzelfall vorliegen, müsste allerdings in einem solchen auch einer fallbezogenen Überprüfung unterzogen werden. Diesem Ergebnis gerecht werdend verweist auch der Gesetzgeber in § 14 Abs 3 dLuftSiG als allgemein gültige Ermächtigungsnorm in seiner damals bestehenden Fassung mit der eher unpräzisen Umschreibung „den Umständen nach“ auf eine Einzelfallbeurteilung.

Trotz der Tatsache, dass grundsätzlich eine „rechtswidrige Gewaltanwendung“ iSd Art 2 Abs 2 lit a vorliegen kann, gibt es aber bereits an dieser Stelle der rechtlichen Beurteilung Anlass zu Zweifel an der Kompatibilität des § 14 Abs 3 dLuftSiG mit dem Recht auf Leben; Grund dafür ist:

- ❖ die Formulierung, „dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt **werden soll**“.

Es erscheint höchst auffällig, dass der Gesetzgeber von „**werden soll**“ und nicht von „**wird**“ spricht; würde doch ein „wird“ vielmehr dem Erfordernis eines „gegenwärtigen Angriffs“ entsprechen. Der Gebrauch des Konjunktivs lässt fast darauf schließen, dass der Gesetzgeber die möglichen „Prognoseunsicherheiten“ kannte und sich deswegen einen gewissen Spielraum vorbehalten wollte. Ein solcher Umgang mit dem Problem der „Prognoseunsicherheiten“ ist freilich unrichtig. Viel klüger wäre es gewesen, sich dem Problem offen zu stellen und - im Sinn der Rsp des EGMR - ein Kontrollsystem in Form von prozeduralen Schritten zu erarbeiten, um sowohl einen möglichen Missbrauch, als auch die „Prognoseunsicherheiten“ so weit wie möglich zu reduzieren. Nach der Rsp des EGMR kann nämlich ein ständiges wirksames Kontrollsystem maßgeblich sein für die Rechtfertigung eines Eingriffs. Zu denken ist dabei an den Fall *Klass ua* gg. die BRD³¹⁷, in welchem behauptet wurde, dass das Gesetz zur Beschränkung des Brief- Post und Fernmeldegeheimnisses aus dem Jahre 1968 nicht mit der EMRK vereinbar sei. Der EGMR führte in seiner Begründung ua aus, dass der Gerichtshof bei seiner Bewertung

³¹⁷ EGMR, U 6.9.1978, *Klass u.a.* gg die BRD, Nr 5029/71.

(...) nicht umhin könne, zwei wichtige tatsächliche Gegebenheiten zur Kenntnis zu nehmen: erstens den technischen Fortschritt der Mittel der Spionage und entsprechend der Überwachung, und zweitens die Entwicklung des Terrorismus in Europa in den letzten Jahren. Die demokratische Gesellschaft werde heutzutage von sehr verfeinerten Formen der Spionage und vom Terrorismus bedroht.³¹⁸ Der Staat müsse daher in der Lage sein, gegen diese Bedrohungen Handlungen zu setzen. Natürlich sah der EGMR aber auch die Gefahr des Missbrauchs dieses Arguments und einer möglichen Ausuferung von Maßnahmen. Die Lösung war für den GH ein effektives Überwachungssystem. Eine Analogie zwischen der Rsp des EGMR in diesem Fall und der Beurteilung von § 14 Abs 3 dLuftSiG am Prüfungsmaßstab des Art 2 ist aufgrund dessen, dass es sich im Fall *Klass* um eine Beschwerde gegen Art 8 und 10 EMRK, also keine fundamentalen Rechte, handelte, sicherlich gewagt. Trotzdem sind die Ähnlichkeiten auffällig, besonders bezüglich der Motivation des EGMR eine solche Rsp zu erarbeiten. Jedenfalls aber wäre § 14 Abs 3 dLuftSiG in seiner gültig gewesenen Version aus streng dogmatischer Sichtweise nicht mit Art 2 vereinbar.

Nach der grundsätzlichen Feststellung, dass in dem vom § 14 Abs 3 dLuftSiG behandelten Fall eine „rechtswidrigen Gewaltanwendung“ gegenüber den Menschen auf der Erde vorliegen kann, und es sich um einen „Formulierungsfehler“ handelt, welcher theoretisch verbessert werden könnte, ist im nächsten Schritt die Zulässigkeit des Abschusses als Verteidigungshandlung iSd Nothilfe nach Art 2 Abs 2 lit a zu klären. Zunächst ist zu fragen, gegen wen eine Verteidigungshandlung gerechtfertigt ist. Die einhellige Meinung - auch in nationalen Rechtsordnungen so vorgesehen - dazu ist, dass eine Verteidigungshandlung nur gegenüber dem Angreifer gerechtfertigt ist. Nationale Rechtsvorschriften³¹⁹ die dazu ermächtigen, unter bestimmten Bedingungen auch „unbeteiligte Bürger“ in Gefahr zu bringen, um andere Bürger aus einer gegenwärtigen Lebensgefahr zu befreien, stehen damit nicht in Widerspruch, da der „unbeteiligte Bürger“ bloß ohne eine erhebliche Gefährdung seiner eigenen Person³²⁰ in Anspruch genommen werden soll, womit die Gefährdung des Lebens „unbeteiligter Bürger“ als erheblichste Gefährdung der eigenen Person aus einer derartigen Ermächtigungsnorm

³¹⁸ EGMR, U 6.9.1978, *Klass u.a.* gg die BRD, Nr 5029/71, EuGRZ 1979, 284, Z 48.

³¹⁹ ZB § 41 Abs 4 S 2 dMEPolG; siehe auch *Pawlik*, § 14 Abs 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1047.

³²⁰ § 6 dMEPolG.

wieder herausfällt. „Der Nichtstörer dürfe nicht zum Heldentum gezwungen werden.“³²¹ Es sei an dieser Stelle nun wieder an die im vorangegangenen Kapitel dargestellte Unterscheidung zwischen dem Unschädlichmachen der Waffe und der Tötung der unschuldigen Insassen des Luftfahrzeugs kurz erinnert: die „rechtswidrige Gewaltanwendung“, gegen die eine Verteidigungshandlung zulässig wäre, geht nicht von den unschuldigen Menschen an Bord des Luftfahrzeugs, sondern von dem Luftfahrzeug und den über dieses bestimmenden Entführern / Terroristen aus. Eine Verteidigungshandlung iSd Art 2 Abs 2 lit a - konkret ein Abschuss - wäre demnach auch nur zur Vernichtung dieser Gefahrenquelle, nämlich des betreffenden Luftfahrzeugs und der darin befindlichen Terroristen zulässig, nicht aber gegen unschuldige Dritte. Entscheidend ist hier die Unterscheidung zwischen einer absichtlichen und einer unabsichtlichen Tötung. Wie die Rsp des EGMR³²² zeigt, kann eine unabsichtliche Tötung von Unschuldigen nach Art 2 Abs 2 lit a gerechtfertigt sein. Die offene Frage ist jedoch, wie eine wissentliche, aber unabsichtliche Tötung einzustufen ist. Prinzipiell gilt aber:

- ❖ Eine Ermächtigungsnorm, welche die **Tötung von Unschuldigen in Notwehr- bzw Nothilfesituationen** grundsätzlich explizit erlaubt, heißt unabhängig davon, ob sie „verhältnismäßig“ ist oder nicht, kann demnach nie - zumindest nach der derzeitigen Auslegung - mit Art 2 vereinbar sein.

Es wäre der EMRK als einem lebenden Instrument freilich nicht genüge getan, vor dem Hintergrund der neuen terroristischen Bedrohungsformen einfach nur an bisherigen Auslegungen festzuhalten; diese Ansicht spiegelt sich auch in der bereits erwähnten Rsp des EGMR im Fall *Klass ua* gg. die BRD. Wie könnte aber eine Notwehr- bzw Nothilfehandlung iSd § 14 Abs 3 dLuftSiG begründet werden?

- ◆ Aus der subjektiven „Rettersicht“ im Falle einer Flugzeugentführung geht die Gefahr von dem Luftfahrzeug als „Ganzem“ aus, wobei die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder aufgrund der lebensnotwendigen Verbindung mit umfasst sind – eine Verteidigungshandlung also auch nur gegen die Einheit „bemanntes Flugzeug“ möglich ist. Dies bedeutet aber nicht, dass der Mensch innerhalb des Flugzeugs als „Teil der Waffe“ gesehen wird oder gar verdinglicht wird.³²³ Analog heranzuziehen

³²¹ *Beinhof*er Art 10 PAG Erl 9, in: *Honnacker/Beinhof*er (Hrsg) Polizeiaufgabengesetz¹⁷ (1999).

³²² Siehe Kap V. A. 3. b. 1.

³²³ Siehe dazu das oben Ausgeführte.

sind hier die strafrechtlichen Überlegungen zur Notwehr gegen Schwangere. Ähnlich wie bei § 14 Abs 3 dLuftSiG wird bei der Notwehr gegen eine schwangere Frau der Angreifer (die schwangere Frau) und ein Tatumeteiligter (nasciturus) verletzt oder gar getötet. *Mitsch* schreibt dazu, „das Unrechtsurteil ist teilbar. Eine etwaige rechtswidrige Schädigung der Leibesfrucht steht also einer durch Notwehr gerechtfertigten Verletzung oder Tötung der Schwangeren nicht entgegen.“³²⁴ In seiner Lösung führt *Mitsch* aus, dass das Leben des nasciturus nicht so viel wert sei, wie das Lebens eines geborenen Menschen, daher wäre die Tötung des nasciturus durch Notstand strafrechtlich gerechtfertigt. *Ladiges*³²⁵ lehnt die vorgenommene Wertung des Lebens des nasciturus ab und weist darauf hin, dass nach der Rsp des dBVerfG auch der nasciturus den Schutz des Grundrechts auf Leben genießt. Die Tötung des nasciturus sei daher - da nach dem Urteil des dBVerfG, welches in der Tötung eines Unbeteiligten immer einen Verstoß gegen die Menschenwürde sieht - nur durch den übergesetzlichen Notstand zu entschuldigen. Unabhängig von den strafrechtlichen Ausführungen über die Rechtfertigung oder Entschuldigung der Tötung des nasciturus und unabhängig davon, ob der nasciturus unter dem Schutz des Rechts auf Leben nach dem dGG steht oder nicht (der EGMR hält sich in dieser Frage eher bedeckt³²⁶), sei hier festgestellt, dass eine grundsätzlich mögliche Notwehr gegen Schwangere nicht im Geringsten angezweifelt wird.

- ◆ Wie oben bereits festgestellt wurde, sind die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder keine Angreifer und auch nicht „Teil der Waffe“. Fraglich ist aber, ob die unschuldigen Menschen an Bord des Luftfahrzeugs nicht in anderer Weise eine Funktion haben, welche das Vorhaben, das Flugzeug gegen das Leben von Menschen auf der Erde einzusetzen, unterstützt und somit eine Notwehrhandlung auch gegen sie rechtfertigt. Zu denken ist dabei an die Funktion eines Schutzschildes.³²⁷ Sowohl das Urteil des dBVerfG zum dLuftSiG als auch alle Rechtsmeinungen, welche einen Abschuss klar verneinen, und zwar wegen der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder, geben genau diesen die Funktion eines Schutzschildes. Grundsätzlich ist aber selbst diese Funktion auch keine Rechtfertigung, eine tödliche Notwehrhandlung gegen unschuldige Menschen zu setzen, da das „Schutzschild“

³²⁴ *Mitsch*, Notwehr gegen Schwangere, JR 2006, 451.

³²⁵ *Ladiges*, Nochmals: Notwehr gegen Schwangere, JR 2007, 104 ff.

³²⁶ Siehe Kap III. B. 2.

³²⁷ Vgl dazu *Spendel*, Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht, RuP 2006, 131ff.

eben nicht als „Teil der Waffe“ gilt. Anders wäre dies zu beurteilen, würde nicht nur der Einsatz des Luftfahrzeugs gegen die Menschen auf der Erde als Angriff gewertet, sondern auch der Umstand, dass der Staat in einer solchen Situation zum „Zusehen“ verurteilt ist. Es ist zu überdenken, welche Konsequenzen eine solche „Lähmung“ in der Gesellschaft nach sich zöge. Mit großer Wahrscheinlichkeit wäre die Gesellschaft erschüttert in ihrem Glauben, dass der Staat sie zu schützen vermag. Vielleicht würde sie beginnen, den Staat in seiner jetzigen Form anzuzweifeln. Diese Reaktion entspräche der Zielsetzung des Terrorismus.³²⁸ In diesem Zusammenhang ist die Rsp des dBVerfG im Fall Schleyer zu nennen. Schleyer wurde am 5.9.1977 von Mitgliedern der RAF entführt, diese forderten, dass elf namentlich genannte Terroristen, die sich zu diesem Zeitpunkt in Untersuchungs- oder in Strafhaft befanden, freigelassen werden sollten und ihnen die Ausreise aus Deutschland gestattet wird. Bei Nichterfüllung ihrer Forderungen drohten die Terroristen Schleyer hinzurichten. Die Antragsteller begehrten die Erfüllung der Forderungen in Form einer einstweiligen Verfügung, das Gericht lehnte den Antrag aber ab. In seiner Begründung erklärt das dBVerfG, dass die Forderungen der Terroristen darauf abzielen würden, „die Grundlage der Rechtsstaatlichkeit zu treffen. Ihre Erfüllung würde den Staat um die Fähigkeit bringen, Schutz zu gewähren.“³²⁹

- ◆ Im Fall *Bazayeva gg Russland*³³⁰ stellte der EGMR ua fest, dass es bestimmte Konstellationen gäbe, die außergewöhnliche Maßnahmen seitens des Staates erforderlich machen würden, welche auch Eingriffe in den Schutzbereich des Art 2 - und auch die Inkaufnahme von zivilen Opfern - beinhalteten und trotzdem einen legitimen Zweck (Notwehr/Nothilfe) verfolgen können. Natürlich ist der Sachverhalt des hier erwähnten Falles nicht mit dem zu beurteilenden Sachverhalt des § 14 Abs 3 dLuftSiG am Prüfungsmaßstab des Art 2 vergleichbar, da die äußeren Umstände völlig verschiedene sind. Ebenso sind die Beschwerden *Kaya* und *Andronicou und Constantionou*³³¹ von den Umständen her nicht zu vergleichen, trotzdem ist - wie

³²⁸ Siehe Kap IV. A.

³²⁹ dBVerfG 1 BvQ 5/77, „Fall Scheyer“.

³³⁰ EGMR, U 24.2.2005, Nr 57947/00; Der Sachverhalt der Beschwerde stellte sich dem GH so dar, dass die Bf im Herbst 1999 mit zwei anderen Familien versuchte die Stadt Grosny, welche zum Ziel militärischer Angriffe geworden war, zu verlassen. An der Grenzstation kam es zu einem Angriff durch zwei Kampfflugzeuge, wobei mehrere Zivilisten getötet oder verletzt wurden. Nach Angaben der russischen Regierung seien die Kampfflugzeuge im Vorfeld beschossen worden; siehe auch Kap V A. 3. b. 1.

³³¹ Siehe Kap V. A. 3. b.

bereits in der Analyse der Rsp des EGMR besprochen - festzuhalten, dass der EGMR die Problematik der zivilen Opfer nicht im Bereich des legitimen Ziels, sondern im Bereich der Verhältnismäßigkeit der Gewaltanwendung sah.³³²

Wird eine der möglichen Begründungen für die Ansicht, dass ein Abschuss iSd § 14 Abs 3 dLuftSiG einen legitimen Zweck verfolgt, bejaht, so heißt dies, dass im nächsten Schritt § 14 Abs 3 dLuftSiG einer Prüfung am Verhältnismäßigkeitsmaßstab des Art 2 zugänglich ist.

VI. A. 5. a. 3. iii. Exkurs: Rechtliche Zurechnung der Tötungen der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder

In der allgemeinen Kommentierung zu Art 2 zu Beginn dieser Arbeit wurde die ua von *Merkel* vertretene Meinung, dass es keine Verletzung des Rechts auf Leben gäbe, welche ihre Rechtfertigung aus der Verhältnismäßigkeit bezöge.³³³ Die Lösung der legitimen Tötung läge in der Zurechnung der Tötung zum Angreifer. Dieser sei sowohl für sein rechtswidriges Handeln, als auch für dessen Folgen verantwortlich. Im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG wären die eindeutig den Angreifern zuzurechnenden Handlungen die Entführung des Luftfahrzeugs mit den Unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern und die Umfunktionierung des Luftfahrzeugs zur Waffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde. Fraglich ist, ob nicht auch die Reaktion auf diese Handlungen, nämlich ein Abschuss samt aller sich daraus ergebenden Konsequenzen, wenn dieser als legitime Notwehrhandlung bejaht wird, den Angreifern, also den Terroristen zuzurechnen wäre.

VI. A. 5. a. 3. iv. Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 14 dLuftSiG fällt ins Auge, dass das ausformulierte Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwar durchaus in § 14 dLuftSiG Eingang gefunden hat, in expliziter Form aber nicht wie zu erwarten am Ende des Paragraphen, sondern in § 14 Abs 2 dLuftSiG. Die hL³³⁴ erklärt diesen legistischen Aufbau damit, dass

³³² Ähnlich *Bezemek*, Unschuldige Opfer staatlichen Handelns - Grundrechtliche Determination staatlicher Gefahrenabwehr, JRP 2007, 129.

³³³ Siehe Kap III. C. 2.

³³⁴ ZB *Pawlik*, § 14 Abs 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1055; *Mitsch*, „Luftsicherheitsgesetz“ - Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“, JR 2005, 275.

sich die in § 14 Abs 2 dLuftSiG dargestellten Bedingungen nur auf die Maßnahmen des § 14 Abs 1 dLuftSiG beziehen. § 14 Abs 3 dLuftSiG enthält einzig als *conditiones sine qua non*, dass das betroffene Luftfahrzeug „den Umständen nach gegen das Leben von Menschen“ eingesetzt werden soll, und dass die Waffengewalt „das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“.

Das *ultima ratio* Prinzip ist somit im § 14 Abs 3 dLuftSiG durch die Formulierung „einziges Mittel“ sogar noch verstärkt, auch wenn diese Formulierung in der Literatur³³⁵ vereinzelt beanstandet wird, weil es sich nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vor allem um das „mildeste der zur Verfügung stehenden Mittel“³³⁶ handeln müsse. Der Gesetzgeber des § 14 Abs 3 dLuftSiG fordert jedoch sogar, dass es zum Einsatz der Waffengewalt, heißt zum Abschuss, gar keine andere Alternative geben darf. Damit wäre es zugleich auch das mildeste zur Verfügung stehende Abwehrmittel.

Die hL hat vor allem auf dem Gebiet des Strafrechts zahlreiche Thesen und Argumentationslinien entwickelt, um den Abschuss eines mit unschuldigen Dritten besetzten Luftfahrzeugs zu rechtfertigen oder das absolute Verbot der Tötung von Unbeteiligten zu verteidigen.³³⁷ Besonders oft wurde bzw wird dabei auf die Figur des Notstands zurückgegriffen und betont, dass auch bei diesem eine Verhältnismäßigkeitsprüfung / Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Es ist daher legitim und sinnvoll, manche Argumente aus diesem strafrechtlichen Diskurs iZm der hier erfolgenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit einfließen zu lassen.

³³⁵ Mitsch, „Luftsicherheitsgesetz“ - Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“, JR 2005, 276.

³³⁶ Siehe Kap III. C. 2. b. 1.

³³⁷ Dieser Umstand kann wohl als logische Konsequenz des Urteiles des dBVerfG zum Luftsicherheitsgesetzes gesehen werden, in dem es heißt: „Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie eine gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wäre.“ Das Gericht lässt damit ausdrücklich die Frage offen, wie die strafrechtliche Verantwortung des Befehlsgebers bzw des ausführenden Soldaten aussähe, wenn trotz des bestehenden Urteiles der Nichtigkeit des Luftsicherheitsgesetzes ein Abschuss befehligt und durchgeführt würde. Bundesverteidigungsminister Franz Josef Jung sah in dieser Aussage ein „Schlupfloch“, um mit Hinweis auf die Regelung des „übergesetzlichen Notstandes“ doch einen „rechtlich ordnungsgemäßen“ Abschuss befehlen zu können. Die Ansicht Jung's stieß in vielen Kreisen auf Kritik und teilte die Lehre in zwei Lager. Ob der „entschuldigende Notstand“ in einer von § 14 Abs 3 dLuftSiG skizzierten Situation nun befürwortet wird oder nicht, spielt im Zusammenhang mit der Ermächtigungsnorm des § 14 Abs 3 dLuftSiG keine Rolle, da selbst bei einem Greifen des „entschuldigenden Notstandes“ der Abschuss per se immer noch rechtswidrig wäre. Die Frage die dennoch bleibt, ist, mit welcher Intention das dBVerfG den oben in dieser FN zitierten Satz in sein den Abschuss ablehnendes Urteil aufgenommen hat.

Ausgangslage ist der „beste“, weil eindeutige Fall, in dem sämtliche Prognoseunsicherheiten durch ein wirksames Kontrollsystem auf ein Minimum reduziert sind: in concreto - ein Luftfahrzeug mit unbeteiligten Fluggästen wurde entführt, es ist bekannt, in welches Gebäude die Entführer vorhaben es zu steuern und es ist auch bekannt, dass die Entführer von diesem Plan nicht abweichen werden.

Mit den rechtlichen Überlegungen zu der Abwägung zwischen dem Leben der unschuldigen Flugteilnehmer und dem Leben der am Boden Bedrohten ist zu den Anfängen der Menschenrechte zurückzugehen. Grundgedanke und eine der obersten Maximen war und ist die Vorstellung, dass jedes Leben den gleichen Wert besitzt; ein „lebensunwertes Leben“ gibt es nicht. Ein nicht betroffener Dritter, also jemand, der bzw die weder Flugteilnehmer noch am Boden Bedrohter bzw. Bedrohte ist - im konkreten Fall der Bundesminister für Verteidigung oder seine Vertretung - darf sich demnach grundsätzlich nie für den Abschuss des Flugzeugs entscheiden, da er dabei den unschuldigen Fluggästen eo ipso ein wertloseres Leben zumisst als den auf der Erde bedrohten Menschen. Kann der Konflikt jedoch vielleicht aus anderer Perspektive gelöst werden? In Frage kommen hier zwei Möglichkeiten: erstens die Lösung liegt in der Sphäre der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder oder zweitens in der des Staates (iSv Vertragsstaat der EMRK).

Für die Position der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder kommen entweder die Aufopferungspflicht oder die Einwilligung in Betracht. Hinsichtlich der ersten Figur ist der Grundgedanke, dass die Menschen an Bord der entführten Maschine einer Aufopferungspflicht gegenüber der Gemeinschaft unterliegen, dh dazu verpflichtet sind - da sie keine Möglichkeit des Widerspruchs haben, muss es eine Pflicht sein - ihr Lebensrecht aufzugeben und so die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Gunsten des Abschusses zu beeinflussen.

i) Aufopferungspflicht – das Leben der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder wäre jedenfalls verloren

Eine allgemeine Aufopferungspflicht besteht nicht. „Das von jedem Einzelnen erwartete ‚Mindestmaß an Solidarität‘³³⁸ findet im menschlichen Selbsterhaltungstrieb seine Grenze“.³³⁹ Es stellt sich aber die Frage, ob der Mensch in einer Situation, in der er ein anderes Menschenleben retten könnte, nicht dazu verpflichtet wäre, sein eigenes zu opfern, insbesondere wenn er wüsste, dass sein eigenes ohnehin verloren ist. Kann also aus der Tatsache, dass das Leben der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder jedenfalls verloren ist, eine Pflicht zur Selbst-Aufopferung entspringen? Darf aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit des unabwendbaren, unmittelbar bevorstehenden Todes das um eine minimale Zeitspanne verkürzte restliche Leben vernachlässigt werden? Die unbeteiligten Flugteilnehmer stürben ohnehin entweder durch den Abschuss des Luftfahrzeugs oder durch den ungebremsten Aufprall im / am Ziel der Terroristen.

Der Grundgedanke einer möglichen Aufopferungspflicht wegen „eigenen Verlorenseins“ ist wohl am besten mit *Kants*³⁴⁰ kategorischem Imperativ begreif- und erklärbar, „handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest“.³⁴¹ Die Selbstaufopferung der unschuldigen Menschen in dem Luftfahrzeug entspräche einer Zweckerreichung zugunsten der dadurch geretteten Menschen. Das eigene Überleben, nach *Kant* die oberste Priorität gegen sich selbst, würde auf Grund der objektiven Verlorenheit nicht länger gelten. Das Festhalten daran führte daher zu einer Pflichtverletzung gegen sich selbst, da es im Endeffekt zu einer Lebensvernichtung aller Bedrohten führen würde. *Kant* führt jedoch weiter aus, dass niemand fordern könne, dass sich jemand wegwerfe, zum Vorteil der eigenen Zwecke. Mit anderen Worten: In einer

³³⁸ *Herdegen*, in: *Maunz/Badura* (Hrsg) Grundgesetz, Art 1 Abs 1 GG, Rn 25.

³³⁹ *Höfling/Augsberg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1082.

³⁴⁰ *Immanuel Kant* (1724 – 1804) vertrat die Auffassung, dass die Freiheit das wichtigste und einzige Menschenrecht ist, aus dem sich alle anderen ableiten ließen. Jedem Menschen komme diese Freiheit auf unbedingte und unverzichtbare Weise zu. Die Freiheit, sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist das einzige jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehende Recht. Jedoch stützt *Kant* dieses Freiheitsrecht nicht allein auf das Menschsein; Menschenrecht ist ein Vernunftrecht, dass von jeglichen Umständen unabhängig gelten müsse. Bei *Kant*, ebenso wie bei *Locke*, hat der Staat die vorrangige Aufgabe, das Recht der Freiheit zu erhalten und zu sichern. Diese Aufgabe sei die Legitimation des Staates. Würde dieser nun die Freiheitsrechte des Menschen angreifen, würde er seine eigene Legitimation in Frage stellen.

³⁴¹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785) 61.

Situation, in der mein Leben verloren ist und ich durch die Aufgabe meines Lebens ein anderes retten kann, habe ich die Pflicht gegenüber mir selbst, dies auch zu tun - diese Pflicht kann aber niemand außer mir selbst einfordern.

Zwei der bekanntesten Befürworter der Rechtfertigung eines Flugzeugabschusses, *Neumann* und *Erb*, erklären die Rechtmäßigkeit der lebensverkürzenden Maßnahme damit, dass die Forderung des mit Sicherheit Verlorenen, andere mit in den Tod zu nehmen, eine „Überstrapazierung der Solidarität der anderen“³⁴² darstelle. Die gegenteilige Ansicht, nämlich dass alle Bedrohten gemeinsam sterben müssten, würde die Lebensschutzfunktion in ihr Gegenteil verkehren.³⁴³ Auch sie stützen sich wie Kant auf das Kriterium der Solidarität. Im Gegensatz zu Kant ist der Blickwinkel von *Neumann* und *Erb* aber einer aus Sicht der zu Rettenden. Die Pflicht zur Aufopferung entsteht also nicht aus der eigenen Solidarität mit anderen, sondern aus einer „fremden Solidarität“, das heißt hier aus der Solidarität, die die am Boden Bedrohten von den unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern erwarten. Eine „fremde Solidarität“ kann aber nie die Basis einer einforderbaren Pflicht sein. *Pawlik* erklärt dies damit, dass die Forderung an die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder nicht auf zwischenmenschlicher Solidarität beruhe, sondern auf dem Wunsch, dass das Lebensrecht und die Entscheidungen darüber in jeder Situation jedem betroffenen Menschen selbst überlassen bleiben. Eine Forderung nach „fremder Solidarität“ habe damit noch nichts zu tun.³⁴⁴ Sowohl Kant als auch *Pawlik* widerlegen also die These der „Überstrapazierung der Solidarität der anderen“. Nicht so einfach von der Hand zu weisen, ist aber das Argument des Verkehrens der Lebensschutzfunktion in ihr Gegenteil, insbesondere im Hinblick auf das sowieso „verlorene Leben“ der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder. Pragmatisch gesehen würde ein Abschuss des Luftfahrzeugs einen feststehenden Geschehensablauf - die Tötung der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder - zwar schneller realisieren, am feststehenden Endergebnis aber nichts verändern.³⁴⁵ Eine solche Argumentationsweise ist, wie auch vom dBVerfG getan, ausdrücklich zurückzuweisen.

³⁴² *Neumann*, § 34 StGB, in: *Neumann/Puppe/Schild* (Hrsg) Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch¹¹ (2003), Rn 77; *Erb*, § 34 StGB, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg) Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (2003), Rn 119.

³⁴³ *Erb*, § 34 StGB, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg) Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (2003), Rn 120; Siehe dazu unter zu „Pflichtenkollision“

³⁴⁴ *Pawlik*, §14 Abs 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1049f.

³⁴⁵ Das gleiche Argument bringt ua auch *Baldus*, Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum - Sind die neuen luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?, NVwZ 2004, 1285.

Der Umstand, dass die Insassen des Luftfahrzeugs ohnehin verloren sind, „stellt weder ein rechtsdogmatisches noch ein rechtsethisches Argument dar“.³⁴⁶ Was damit aber eigentlich gemeint ist und auch normativen Charakter hätte, ist, dass den „zum Tode Verurteilten“ eine weniger große Schutzwürdigkeit des Lebens zukommt. Es wäre dies jedoch nichts anderes als eine Bewertung des Lebens an Hand von Lebensquanten; in der Folge wäre das Lebensrecht von älteren Menschen oder todkranken Menschen als geringer bzw weniger wert einzustufen, als jenes von jungen, gesunden Menschen. Diese Sichtweise widerspricht jedoch völlig dem Grundgedanken des Rechts auf Leben und ist daher abzulehnen.

IZm dem Aspekt des „Verlorenenseins“ der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder ist ein - zwar das Ergebnis nicht veränderndes - aber doch wesentliches Detail nicht zu übersehen: es handelt sich im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG um überhaupt keine Abwägung Leben gegen Leben. Dies zeigt sich eindeutig an den klassischen Lehrbeispielen des „Bergsteigerfalls“³⁴⁷ und des „Schiffsunglücksfalls“³⁴⁸, welche beide die Situation des Abschusses in Grundzügen widerspiegeln. In ersterem geht es um zwei mit einem Seil verbundene Bergsteiger, wobei einer von ihnen abstürzt. Der andere kann ihn nicht retten und schneidet das Seil durch, um nicht selbst in die Tiefe gerissen zu werden. Durch das Durchschneiden des Seils wird der untere Bergsteiger getötet. Im Sachverhalt des zweiten Falles, nämlich des „Schiffsunglücks“, handelt es sich um ein Schiff, das droht wegen eines Lecks im unteren Bereich unterzugehen. Der Kapitän sieht sich vor die Wahl gestellt, das Schiff untergehen zu lassen oder Schotten zu schließen und den Tod der damit im Unterdeck eingeschlossenen Personen in Kauf zu nehmen, das Schiff aber schwimmfähig zu halten und so zumindest die Personen am Oberdeck zu retten. Die Personen im Unterdeck wären jedenfalls verloren. Beide Fallkonstellationen - „Bergsteigerfall“, „Schiffsunglücksfall“ - ebenso wie die in § 14 Abs 3 dLuftSiG beschriebene Situation, entsprechen der rechtlichen Figur der Gefahrgemeinschaft mit einseitiger Chancenverteilung. Das besondere an dieser Konstellation ist, dass es sich bei ihr, obwohl sie zu den klassischen Beispielen der Abwägung Leben gegen Leben gezählt wird, streng genommen um überhaupt keine Abwägung Leben gegen Leben handelt; mit

³⁴⁶ Pawlik, §14 Abs 3des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1050.

³⁴⁷ Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen (1895), 48.

³⁴⁸ Sinn, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig? NStZ 2004, 586.

anderen Worten, es heißt nicht Leben A oder Leben B, sondern Leben A und Leben B in Abwägung zu Leben A alleine.

Die Antwort auf die Frage, ob die Tatsache, dass das Leben der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder jedenfalls verloren ist, eine Aufopferungspflicht begründet oder nicht, bleibt jedoch gleich: ein Abschuss wäre eine erzwungene Verkürzung des Lebens der jedenfalls verlorenen Menschen und stellt eine Verletzung des Art 2 dar.

ii.) Aufopferungspflicht - Tatbeitrag

Eine weitere Überlegung bei der Abwägung der Leben zweier Personengruppen könnte die des Tatbeitrags sein. Zu klären wäre dabei, ob eine der Personengruppen - in concreto die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder - irgendetwas getan haben, was ihnen bei der Abwägung zugerechnet werden könnte. Anders als im Fall der Notwehr ginge es hier freilich nicht um eine Handlung, die sie zu einer Gefahrenquelle macht bzw die den Status eines Angreifers begründen würde; es genügt eine ihnen zurechenbare Mitarbeit oder Mitwirkung, die zu der Entstehung der Konfliktlage beigetragen hat. Als Beispiel dafür müssen nur die vorhin dargestellten Fälle kurz rekapituliert werden. Im Gegensatz zu dem Beispiel des „Schiffunglücks“, in welchem die Personen im Unterdeck nichts zu ihrer Situation beigetragen haben, bringt sich der abgestürzte Bergsteiger in dem „Bergsteigerfall“ selbst in die gefährliche Lage, sei es auch nur wegen einem kurzen Moments der Unachtsamkeit oder eines schlecht gesetzten Tritts; es wäre ihm ein Tatbeitrag zuzurechnen. In Konstellationen wie des „Bergsteigerfalls“ tendiert die Rechtswissenschaft dazu, aufgrund des Tatbeitrags, das Durchschneiden des Seils zu entschuldigen. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass sich in den nationalen Rechtsordnungen eine vergleichbare Rechtsfigur aus den strafrechtlichen Notwehrovorschriften herausgebildet hat: der defensive Notstand oder Defensivnotstand. Es stellt sich also die Frage, ob den unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern die Gefahr, die von dem gekaperten Luftfahrzeug ausgeht, in irgendeiner Weise zugerechnet werden kann. Bereits im Kapitel zum legitimen Ziel wurde die Stellung der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder angesprochen und festgestellt, dass sie weder als Gefahrenquelle noch als Angreifer anzusehen sind. In Analogie zum Defensivnotstand

nach deutschem Strafrecht würde nach *Hirsch* die „indirekte“³⁴⁹ Involvierung der unschuldigen Flugteilnehmer auf Grund der räumlichen Untrennbarkeit für die Begründung eines Defensivnotstands reichen. *Gropp* geht in seiner Meinung sogar noch weiter und erklärt, dass es nicht auf die Zurechnung der Gefahr ankomme, da „im drohenden Abschuss...sich gerade zumindest auch eine durch die Passagiere selbst unmittelbar kumulativ geschaffene Gefahr“³⁵⁰ realisiere. Eindeutiger *Roxin*: „Die unzurechenbaren, menschlicher Vorsorge entzogenen Schläge des Schicksals muss prinzipiell jeder selbst tragen.“³⁵¹

Alle dargestellten Thesen sind für die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 2 Abs 2 lit a jedoch abzulehnen. Eine „zufällige“ Zustandsverantwortlichkeit kann nicht ausschlaggebend sein bei einer Abwägung, bei der in beiden Waagschalen Menschenleben sind. Darüber hinaus handelt es sich weder bei der „indirekten Involvierung“ noch bei der Zustandsverantwortlichkeit um einen Tatbeitrag in dem Sinne, dass die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder eine aktive Handlung gesetzt haben, die den Einsatz des Luftfahrzeugs gegen das Leben von Menschen am Boden ermöglicht oder sonst in einer Weise beeinflusst hat. Daher ist auch ihre mögliche Funktion als „Schutzschild“ nicht als Tatbeitrag zu qualifizieren; die unschuldigen Menschen an Bord des entführten Luftfahrzeugs werden durch die Handlungen der Terroristen in eine Lage gebracht, in der sie - paradoxerweise - durch eine menschenrechtsfreundliche Rechtswissenschaft zu einem Schutzschild werden. Die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder erlangen diese Funktion folglich nicht durch eine von ihnen getätigte Handlung, sondern sie wird ihnen von „außen“ zugesprochen. Die einzigen wirklichen „Handlungen“, die den unschuldigen Insassen angerechnet werden können, ist das Kaufen des Tickets und die Benutzung des Luftfahrzeugs. Beide Taten haben aber keine Auswirkungen auf den Gefahrenverlauf. Es besteht folglich auch nicht aufgrund eines Tatbeitrags eine Aufopferungspflicht der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder.

³⁴⁹ *Hirsch*, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, in: *Hettinger* (Hrsg) Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (2007) 154.

³⁵⁰ *Gropp*, „Der Radartechniker-Fall“ – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?, Ein Nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz, GA 2006, 287.

³⁵¹ *Roxin*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Heinrich Jescheck (1985) 471.

iii.) Aufopferung - Rettung einer größeren Anzahl an Menschenleben

Prinzipiell wird die „größere Anzahl von zu rettenden Menschenleben“ in § 14 Abs 3 dLuftSiG nicht genannt; weder als Bedingung für einen Abschuss noch sonst an irgendeinem Zusammenhang. Es ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Verfassung des § 14 Abs 3 dLuftSiG gerade ein Szenario vor Augen hatte, in welchem es um die Rettung einer großen Anzahl von Menschen auf dem Boden ging. Wieder einmal zeigt sich hier die unpräzise Formulierung des § 14 Abs 3 dLuftSiG.

Das in der Literatur bekannteste Beispiel iZm der quantitativen Gewichtung von Leben ist der Fall des „Bahnwärters“ von Welzel³⁵²: Ein führerloser Güterwagen löst sich auf einer steilen Gebirgsstrecke und droht mit einem vollbesetzten Personenzug zu kollidieren. Ein Bahnwärter, der die Situation beobachtet, stellt in letzter Minute die Weiche so um, dass der Güterwagen auf ein Nebengeleise gelenkt wird, auf welchem Arbeiter gerade einen Wagon entladen. Durch den Zusammenstoß der beiden Güterwagen werden die Arbeiter getötet. Rsp gibt es zu genau einem solchen Fall bisher noch keine, es steht aber fest, dass auch in Situation des „kleineren Übels“ aufgrund der Gleichwertigkeit jedes Lebens keine Pflicht zur Aufopferung begründet wird. Dies wird durch die Rsp des deutschen dBGH³⁵³ im ähnlich gelagerten „Euthanasiefall“ bestätigt. Dort ging es darum, dass in der Zeit des Nationalsozialismus Ärzte einer Anstalt für Geisteskranke Tötungen einiger ihrer Patienten vornahmen, da sie, wenn sie sich geweigert hätten, durch Handlanger des Regimes ersetzt worden wären und diese mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit alle Patienten getötet hätten. Der dBGH lehnte eine Rechtfertigung der Tötungen ab und führte in seiner Begründung dazu aus, dass es „der von der christlichen Sittenlehre her bestimmten Kulturanschauung“ widerspräche, „den für die Erhaltung von Sachwerten angemessenen Grundsatz des kleineren Übels anzuwenden und den rechtlichen Unwert der Tat nach dem sozialen Gesamtergebnis abzuwägen, wenn Menschenleben auf dem Spiel stehen“.³⁵⁴ Ganz prinzipiell gilt also, dass das Leben eines Menschen wegen seiner Einzigartigkeit für jeden Menschen den absoluten Höchstwert besitzt; dies würde auch

³⁵² Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 1951, Band 63, 51.

³⁵³ NJW 1953, 513ff.

³⁵⁴ NJW 1953, 514; Grundsätzlich handelt es sich auch im „Euthanasiefall“ um eine Gefahrengemeinschaft, wobei im Gegensatz zu dem „Schiffsunglück“ die Ärzte entschieden, welcher der Patienten stirbt und welcher lebt; in concreto handelte es sich um eine Gefahrengemeinschaft mit mehrseitiger Chancenverteilung.

dann gelten, wenn das Gegengewicht der Abwägung 1.000 Menschenleben entspräche. Ein rein quantitatives Kriterium kann daher keine Pflicht zur Aufopferung begründen.³⁵⁵

Als Ergebnis ist folglich davon auszugehen, dass für die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder **keine Aufopferungspflicht** angenommen werden kann.

iv) Einwilligung der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder

Einwilligungen in Menschenrechtverzicht sind prinzipiell zulässig; Verzicht auf fundamentale Menschenrechte sind problematisch; der Verzicht auf das Lebensrecht ist umstritten. Im Falle des § 14 Abs 3 dLuftSiG gestaltet sich der mögliche Menschenrechtsverzicht sogar noch etwas komplizierter. In den strafrechtlichen Auseinandersetzungen mit dem dLuftSiG wird oft die These der Einwilligung mit § 216 deutsches StGB - Sanktionierung der Tötung auf Verlangen - verneint. Wird dieses Ergebnis freilich logisch zurückverfolgt, ist der Ausgangspunkt weniger ein Verzicht auf das Lebensrecht als vielmehr eine Aufforderung zur Beendigung des eigenen Lebens. Es ist also iZm § 14 Abs 3 dLuftSiG die grundlegende Unterscheidung zu machen zwischen einer Aufforderung zur Lebensverkürzung und der Einwilligung in den Verzicht auf das Recht auf Leben iS der Anerkennung, dass es zu einer gefährlichen Situation kommen kann, in welcher der Staat in das Recht auf Leben eingreifen könnte - eine lebensgefährdende Risikoerhöhung.

◦ Einwilligung iS einer Aufforderung

Die konkrete Situation würde so aussehen, dass die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder aufgrund ihrer aussichtslosen Lage und im Bewusstsein, zahlreiche Menschen auf dem Boden zu retten, ihrer Tötung zustimmen. Abgesehen von der Rettung anderer Menschen ist diese Situation der aktiven Sterbehilfe sehr nahe. Wie in den Anfangskapiteln³⁵⁶ dieser Arbeit dargestellt, beinhaltet Art 2 aber keine „negative Freiheit“, also kein Recht auf Tötung. Im Fall *Pretty gg das Vereinigte Königreich*³⁵⁷ entschied der EGMR, dass Art 2 derart auszulegen ist, dass dieser es den Vertragsstaaten offen lasse, Beihilfe zur Selbsttötung oder Sterbehilfe durch Dritte unter Strafe zu stellen

³⁵⁵ AA ua *Sittard/Ulbrich*, Das Luftsicherheitsgesetz, JuS 2005, 435; *Roellecke*, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, JZ 2006, 269.

³⁵⁶ Siehe Kap III. B. 3.

³⁵⁷ EGMR, Ü 29.4.2002, *Pretty gg das Vereinigte Königreich*, Nr 2346/02.

oder straffrei zu lassen. Welcher Ansicht in dieser Frage auch immer gefolgt wird, ob eher der liberaleren wie in den Niederlanden, in denen aktive Sterbehilfe straffrei ist, oder eher der konservativeren wie in Österreich und Deutschland, in denen passive Euthanasie („sterben lassen“ durch Unterlassung) unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist, grundsätzlich aktive Euthanasie aber abgelehnt wird, in jedem Fall (sowohl bei der erlaubten aktiven, als auch bei der erlaubten passiven Euthanasie) ist Euthanasie an strenge formale Regelungen³⁵⁸ gebunden, die in Österreich und Deutschland zumindest Schriftlichkeit fordern. In den Niederlanden sind in Art 293 Abs 2 nStGb die Sorgfaltskriterien festgeschrieben, welche eine freiverantwortliche Willensentscheidung des Patienten, Beratungsgespräche zwischen dem Arzt und dem Patienten, Beratungsgespräche des Arztes mit einem unabhängigen Kollegen etc. beinhalten. Ziel und Zweck der formalen Bestimmungen ist es, dem betreffenden Menschen die Konsequenzen seines Tuns bewusst zu machen. Analog zu diesen Regelungen wäre zB eine kleingedruckte Klausel in den AGBs der Fluggesellschaften sicherlich nicht ausreichend. Aber selbst wenn der Annahme gefolgt würde, dass eine mutmaßliche Einwilligung ausreicht, zeigen sich zahlreiche weitere Probleme. Es müssten alle unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder einwilligen. Ein „Verzicht zu Lasten Dritter“, auf den eine Mehrheitsentscheidung hinauslaufen würde, wäre im höchsten Maße unzulässig.³⁵⁹ Auch aus den Telefonaten der Passagiere des Fluges UA 93 nach San Francisco am 11. September 2001 lässt sich keine Einwilligung aller unschuldigen Menschen an Bord des Luftfahrzeugs heraushören. Weiters ist es sehr fraglich, in wie weit die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder in einer solchen Entführungssituation, in der sie einem hohen psychischem Druck - Todesangst - ausgeliefert sind, überhaupt noch eine freiwillige Einwilligung in staatliche Menschenrechtseingriffe vornehmen können.³⁶⁰ Eine Einwilligung in einer Aufforderung zum Abschuss, da eine aussichtslose Situation besteht und eine große Anzahl von Menschen am Boden gerettet werden könnten, kann daher nicht angenommen werden und ist schon gar nicht ausdrücklich gegeben.

³⁵⁸ § 1901a dBGB; PatVG, BGBl 55/2006.

³⁵⁹ Baumann, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?, DÖV 2004, 856.

³⁶⁰ Baumann, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?, DÖV 2004, 856; Hartleb, Der neue § 14 Abs 3 LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, NJW 2005, 1397.

- Einwilligung iS der Anerkennung einer lebensgefährdenden Risikoerhöhung

Im Gegensatz zu der oben besprochenen Einwilligung, handelt es sich bei dieser nicht um einen unmittelbaren Verzicht auf das Lebensrecht, sondern um eine „vorgelagerte, eigenverantwortliche Willensentscheidung“³⁶¹, ein besonders lebensgefährdendes Risiko auf sich zu nehmen. Zu denken ist dabei an die klassischen Berufsfelder Polizei und Feuerwehr; jede Person, die sich dazu entscheidet, eine solche Berufssparte zu wählen, stimmt mit der Berufswahl konkludent einer gesteigerten Lebensgefährdung zu. Bei einer Realisierung dieser Lebensgefährdung ist diese durch die vorangegangene freiwillige Willensentscheidung gerechtfertigt. Umgelegt auf den Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG könnte nun argumentiert werden, dass aufgrund der Verbreitung durch die Medien jeder Flugpassagier über die Gefahren einer terroristisch motivierten Entführung Bescheid wüsste, der Passagier also durch den Kauf des Tickets und / oder den Antritt der Reise der möglichen Lebensgefährdung konkludent zustimme.³⁶² Eine solche Argumentation ist jedoch abzulehnen, da die Benutzung eines Luftfahrzeuges als Transportmittel nicht mit einer Berufswahl vergleichbar ist; Ersteres ist in vielen Fällen eine Notwendigkeit und in der heutigen Zeit, ähnlich wie das Fahren eines Kraftfahrzeuges, eine Alltäglichkeit, wohingegen Zweiteres eine wohlüberlegte, freiwillige Entscheidung darstellt. Darüber hinaus spräche auch hier wiederum die Formlosigkeit dagegen.

Weder eine ausdrückliche, noch eine mutmaßliche Einwilligung - in welchem Sinne auch immer - können somit als ausschlaggebend in die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit eingerechnet werden.

Als letzter Schritt ist nun zu prüfen, ob der Staat aufgrund seiner Verpflichtung aus der EMRK zu einem bestimmten Verhalten angehalten ist:

Pflichtenkollision - Lösung liegt in der Sphäre des Staates

Gem Art 2 trifft den Staat sowohl die Pflicht, menschliches Leben zu schützen, als auch das Verbot, außerhalb der genannten Ausnahmen in das Leben von Menschen einzugreifen. Auch im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG stehen sich folglich eine Pflicht und ein Verbot gegenüber. Nach strafrechtlichen Regelungen ist bei Vorliegen zweier

³⁶¹ *Hartleb*, Der neue § 14 Abs 3 LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, NJW 2005, 1399.

³⁶² ebenso *Baumann*, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?, DÖV 2004, 256.

gleichwertiger Pflichten, bei dem durch die Erfüllung der einen die andere verletzt wird, diese Verletzung als nicht rechtswidrig zu beurteilen. Es handelt sich um eine rechtfertigende Pflichtenkollision. Zu klären ist also, ob die Pflicht, das Leben der gefährdeten Menschen auf dem Boden zu schützen, und das Verbot, in unschuldiges Leben einzugreifen, gleichwertig ist bzw wie mit einer solchen Kollision im menschenrechtlichen Bereich umzugehen ist. Prinzipiell handelt es sich bei der Pflicht um eine Handlung und beim Verbot um ein Unterlassen. Nach *Höfling/Augsberg*³⁶³ stehen sich Handlungs- und Unterlassungspflicht grundsätzlich nicht gleichwertig gegenüber; eine Handlungspflicht bestehe immer nur dann, wenn sie ohne Verletzung eines anderen Rechtsgutes erfüllt werden könne. Im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG bedeutet das, dass der Staat primär zu einem Unterlassen verpflichtet ist. Im diesem Zusammenhang ist die – wenn auch in eine andere Richtung gehende - Argumentationsweise im Fall Schleyer³⁶⁴ zu erwähnen. Beim dBVerfG wurde ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung – nämlich zur Unterlassung der Verweigerung der Erfüllung der Forderungen der Terroristen - gestellt. Schleyer als Antragsteller argumentierte, dass die BRD einerseits dazu verpflichtet sei, das Leben der Menschen vor rechtswidrigen Eingriffen durch die Terroristen zu bewahren, und andererseits solle es die BRD unterlassen, die Erfüllung der Forderungen der Entführer zu verweigern – also wiederum Handlung versus Unterlassung. Das Gericht gab jedoch in diesem Fall der Handlung den Vorzug. (Richtiger Weise ist aber festzuhalten, dass der Beschluss des dBVerfG nicht auf einer Abwägung Leben gegen Leben beruhte, sondern auf der funktionalen Erwägung, die Handlungsweise des Staates möglichst flexibel und dadurch für Terroristen unberechenbar zu halten.)

*Ladiges*³⁶⁵ lehnt im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG ebenso eine rechtfertigende Pflichtenkollision ab, weil eine in ein Menschenrecht eingreifende Handlung, also der Abschuss durch die Streitkräfte, sich auf keine verfassungsrechtliche Zulassung stützen könnte und daher der Unterlassung der Vorrang zu geben wäre.

Eine weitere Möglichkeit, der Schwierigkeit der Pflichtenkollision zu begegnen, wäre eine Heranziehung des Ziels und Zwecks der EMRK. Wie bereits ausgeführt wurde die

³⁶³ *Höfling/Augsberg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1084.

³⁶⁴ dBVerfG 1 BvQ 5/77, „Fall Scheyer“.

³⁶⁵ *Ladiges*, Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 LuftSiG, ZIS 2008, 133.

EMRK als Reaktion auf die Gräueltaten des Nationalsozialismus erarbeitet.³⁶⁶ Daraus zu schließen ist, dass vordringliche Motivation war, den Staat an einem willkürlichen Eingreifen in das Leben der Menschen zu hindern. Folglich ist der EMRK ein besonderer abwehrrechtlicher Charakter als eines Eingriffsverbots zuzuschreiben. Dem könnte natürlich entgegengehalten werden, dass nach der philosophischen Grundidee der Menschenrechte von Rousseau der Staat nur auf Grund seiner wirksamen Schutzpflicht gegenüber den Menschen legitimiert sei; der Schutzcharakter der Menschenrechte also überwiege. Im vorliegenden speziellen Fall ist jedoch die EMRK als Prüfungsmaßstab gewählt, dh es handelt sich nicht um eine Kollision gleichwertiger Pflichten – Unterlassung eines Eingriffs in das Recht auf Leben versus Pflicht zum Schutz vor Eingriffen in das Recht auf Leben durch Dritte; dem Abwehrrecht, heißt der Unterlassung eines Eingriffs, ist der Vorrang zu geben. § 14 Abs 3 dLuftSiG kann folglich nicht aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision als mit Art 2 kompatibel gesehen werden.

Das Endergebnis der rechtlichen Beurteilung am Prüfungsmaßstab des Art 2 von § 14 Abs 3 dLuftSiG ist, dass dieser den Abschuss eines entführten Luftfahrzeugs, in welchem sich unschuldige Passagiere und Crewmitglieder befinden, erlaubt, muss heißen: **§ 14 Abs 3 dLuftSiG stellt eine Verletzung von Art 2 dar.**

VI. A. 5. b. Abschuss eines ausschließlich mit in krimineller Weise angreifenden Personen besetzten Luftfahrzeugs, die das Luftfahrzeug als Waffe gegen Menschen auf dem Boden einzusetzen beabsichtigen

Zur Erinnerung: das dBVerfG entschied in seinem Urteil, dass der Abschuss eines unbemannten bzw nur mit Terroristen besetzten Luftfahrzeuges mit dem dGG vereinbar sei.³⁶⁷ Es begründete seine Entscheidung in Anlehnung an die Rechtfertigung des finalen Todesschusses zur Verteidigung eines Menschen. Erstere Variante – unbemanntes Luftfahrzeug – kann keiner Prüfung nach Art 2 unterliegen und ist daher in dieser Arbeit von keiner Bedeutung. Die konkrete Frage lautet also, wäre § 14 Abs 3 dLuftSiG mit Art 2 hinsichtlich des Falls kompatibel, in dem ein Luftfahrzeug, welches ausschließlich von Terroristen besetzt ist, gegen das Leben von Menschen auf dem Boden eingesetzt wird.

³⁶⁶ Siehe Kap II.

³⁶⁷ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 140ff.

Die Beurteilung dieser Konstellation am Prüfungsmaßstab des Art 2 gestaltet sich zwar einfacher, sodass eine detaillierte Prüfung wie im Fall der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder entfallen kann, so eindeutig, wie das dBVerfG es in seinem Urteil darstellt, ist die Beurteilung freilich nicht.

Die Tötungen wären wie oben ausgeführt auch in diesem Fall eindeutig dem Staat zuzurechnen. In Bezug auf die Absichtlichkeit bzw Unabsichtlichkeit der Tötungen ist hier aber der erste Unterschied festzustellen: die Tötungen der Terroristen sind wohl eher als absichtliche zu qualifizieren. Sowohl die Wissens- als auch die Wollenskomponente sind stark ausgeprägt. Der verfolgte legitime Zweck wäre wieder die Notwehr; die Terroristen sind als Angreifer zu beurteilen, gegen die eine Verteidigungshandlung gerechtfertigt wäre. Aber es besteht eben auch hier das Problem der Unsicherheit des Vorliegens eines „gegenwärtigen, ernst zu nehmenden Angriffs“ – die „Prognosunsicherheiten“. Im Urteil des dBVerfG wird umfassend dargestellt, dass Aufklärungs- und Überprüfungsmaßnahmen nur zu sehr ungenauen Ergebnissen führen würden. Diese Ungewissheit ist im Fall der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder mit ein wesentlicher Grund, einen Abschuss strikt zu verneinen. Die „Prognoseunsicherheiten“ bestehen aber genau so auch, wenn sich ausschließlich Terroristen in dem Luftfahrzeug befinden. Die Erklärung des dBVerfG, dass alle Unsicherheiten der Sphäre der Täter zuzurechnen sind³⁶⁸ und daher nicht ins Gewicht fallen, ist aber falsch. Nach der Aussage der Unabhängigen Flugbegleiter Organisation (UFO) können zB auch technische Defekte der „fehleranfälligen Kommunikationswege“ zu falschen Schlussfolgerungen führen.³⁶⁹ Solche technischen Defekte sind eindeutig nicht der Sphäre der Täter zuzuordnen. Darüber hinaus ändert die Tatsache, dass es sich bei den Menschen an Bord nur um Terroristen handelt, auch nichts an der bereits dargestellten Mangelhaftigkeit der Formulierung des § 14 Abs 3 dLuftSiG. Grundsätzlich ist also festzuhalten,

- dass **§ 14 Abs 3 dLuftSiG in der Form, in der das dBVerfG darüber entschied**, streng genommen **eine Verletzung des Art 2** darstellt.

³⁶⁸ dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 142.

³⁶⁹ Ebenso *Winkler*, Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes, NVwZ 2006, 538.

Anders wäre das Ergebnis im „**Idealfall**“ - keine oder minimierte „Prognoseunsicherheiten“ - und einer **terminologischen Überarbeitung** mit **detaillierteren Ausführungen** besonders dazu, dass es sich bei den an Bord befindlichen Personen **nur um Terroristen** handeln darf. Unter diesen Voraussetzungen wäre eine Ermächtigungsnorm iSd § 14 Abs 3 dLuftSiG **nicht als Verletzung von Art 2** zu beurteilen.

Das Endergebnis der rechtlichen Beurteilung am Prüfungsmaßstab des Art 2 von § 14 Abs 3 dLuftSiG idS, dass dieser den Abschuss eines ausschließlich mit in krimineller Weise angreifenden Personen besetztes Luftfahrzeug, die das Luftfahrzeug als Waffe gegen Menschen auf der Erde einzusetzen beabsichtigen, erlaubt, muss ebenfalls heißen: **§ 14 Abs 3 dLuftSiG stellt eine Verletzung von Art 2 dar.**

VI. A. 5. c. Exkurs: Sonderfall - der „unschuldige Pilot“

Interessant wird die Frage des „unschuldigen Piloten“ in der Konstellation, dass sich ausschließlich Terroristen und der „unschuldige Pilot“ an Bord des Luftfahrzeuges befinden. Dieser Sonderfall unterscheidet sich hinsichtlich der rechtlichen Position der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder dadurch, dass dem Pilot, wenn sich keine andere Person an Bord des Luftfahrzeuges befindet, die fähig ist zu fliegen, ein Tatbeitrag zugerechnet werden kann.³⁷⁰ In einem derart gestalteten Fall wäre auch die Bezeichnung „Teil der Waffe“ nicht gänzlich falsch. Gleich wie bei den unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern kann zwar nicht von einer rechtlichen „Verbindung“ zwischen Pilot und Luftfahrzeug gesprochen werden, jedoch trägt der Pilot dazu bei, aus der Maschine eine Gefahrenquelle zu machen. Die Tatsache, dass der Pilot von den Terroristen dazu genötigt wird, macht für die Frage des Abschusses als Notwehrhandlung keinen Unterschied – dieser Aspekt wird erst iZm der Zurechnung tragend. Nach strafrechtlichen Gesichtspunkten läge ein klassischer Fall des defensiven Notstandes vor. Eine von der Rechtsgemeinschaft allgemein anerkannte Rechtsfigur, die sich aus den Notwehr- und Nothilferegulungen entwickelt hat. Wiederum ist hier aber zwischen dem „Idealfall“ und der wahrscheinlichen Realität zu unterscheiden. Aufgrund der hohen „Prognoseunsicherheiten“, diesmal nicht nur wegen des „gegenwärtigen, ernst zu

³⁷⁰ Andernfalls wäre er gleich zu behandeln, wie die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder.

nehmenden Angriffs“, sondern vor allem bezüglich der Flugfähigkeiten der Terroristen, ist der „Idealfall“ praktisch auszuschließen.

- Im Ergebnis ist das Szenario eines entführten Luftfahrzeugs, welches **ausschließlich von Terroristen und einem „unschuldigen Piloten“** besetzt ist, **gleich zu behandeln**, wie die **Fallkonstellation mit unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern - Verletzung des Art 2**.
- Im „Idealfall“, es besteht Gewissheit, dass nur Terroristen und der „unschuldige Pilot“ an Bord und Letzterer der Einzige ist, der das Luftfahrzeug zu dem Ort seines Einsatzes gegen Menschen auf dem Boden fliegen kann und er dies auch tut, wäre **ein Abschuss nicht als Verletzung des Art 2 zu qualifizieren**.

VI. A. 6. Menschenwürde als „letzter Referenzpunkt moralischen und rechtlichen Argumentierens“³⁷¹

„Art 1 Abs 1 dGG schützt den einzelnen Menschen nicht nur vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und ähnlichen Handlungen durch Dritte oder durch den Staat selbst. Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden, schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen.“³⁷²

Mit diesen Worten begründet das dBVerfG die Objektformel³⁷³ von *Dürig* und argumentiert damit den wichtigsten und schwerwiegendsten Rechtfertigungsgrund für die Nichtigkeitserklärung des deutschen Luftsicherheitsgesetz: die Tötung von unbeteiligten Passagieren wäre eine Verletzung von deren Menschenwürde. Was aber bedeutet „Menschenwürde“ im rechtlichen Sinn und wann wird sie verletzt? Das dBVerfG setzt sich in seinen Ausführungen zum dLuftSiG nicht eingehender mit der Konkretisierung der Menschenwürde auseinander. Darin besteht auch einer der wohl größten Mängel des

³⁷¹ *Bielefeldt*, Menschenwürde – Der Grund der Menschenrechte (2008), 13.

³⁷² dBVerfG 1 BvR 357/05, Z 121.

³⁷³ Siehe Kap IV. A. 3. c.

Urteils des dBVerfG, der dieses somit der Kritik aussetzen könnte, dass ein so unpräziser Begriff wie die Menschenwürde nicht die Lösung eines rationalen normativen Diskurses sein kann. In einer derart komplexen Frage wäre es wesentlich gewesen, sich dem Begriff der Menschenwürde ein wenig weiter anzunähern. Um also nicht demselben Fehler zu unterliegen, wird nun als letzter Punkt der rechtlichen Beurteilung des deutschen Luftsicherheitsgesetzes – und es wird sich noch herausstellen, warum dafür das Ende gewählt wurde – eine nähere Betrachtung der Menschenwürde iZm der Tötung von Zivilisten zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags, wiederum an Hand des Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes vorgenommen. Eine Auseinandersetzung mit dem schwer fassbare Begriff „Menschenwürde“ wird in drei Schritten erfolgen: zunächst eine allgemeine Auseinandersetzung mit dem Begriff Menschenwürde und ihrer Stellung im gesetzlichen Regelwerk der Menschenrechte, gefolgt von einer Analyse des Verhältnisses von Menschenwürde und Recht auf Leben und schließlich eine Heranführung an das konkrete Beispiel.

VI. A. 6. a. Bedeutung und Stellung der Menschenwürde im gesetzlichen Regelwerk der Menschenrechte

Basis der Vorstellung von Menschenrechten ist die Menschenwürde; anthropologisch wird sie begründet mit der Einzigartigkeit und Einmaligkeit eines jeden Menschen. „Sein aufrechter Gang, seine Sprachbegabung und seine verantwortliche Freiheit, seine Geschichts- und seine Zukunftsbezogenheit unterscheiden ihn von der übrigen Natur mit ihrer Kausalität und Gewalt... Humanistisch wird die Menschenwürde im vernünftigen, sittlich autonomen und deshalb freien Subjekt begründet. Der Mensch ist ins Offene gesetzt, unterscheidet und wählt, entscheidet und verantwortet.“³⁷⁴ Als spezifisches Merkmal der „rechtlichen Menschenwürde“ ist also ihre bedingungslose, nicht mehr hinterfragbare, absolute Geltung festzuhalten; sie ist unantast- und unabwägbar. Was ist aber der Inhalt des Begriffs „Menschenwürde“? *Bielefeldt* geht in seiner Studie über die Menschenwürde von einem „Achtungsanspruch“ als „Quelle normativer Verbindlichkeiten“ aus. Ohne einen Anspruch auf gegenseitige Achtung als stillschweigende Voraussetzung käme es zu keiner Verbindlichkeit, jeder

³⁷⁴ *Welan*, Über die Grundrechte und ihre Entwicklung in Österreich, Österreich in Geschichte und Literatur (2002), Heft 4 – 5.

Vertragsabschluss würde ad absurdum geführt.³⁷⁵ Eine mögliche rechtliche Definition von Menschenwürde könnte daher lauten: Menschenwürde bedeutet die bedingungslose, unveräußerliche und unverzichtbare Achtung jedes einzelnen Menschen als eines gleichberechtigten und gleichwertigen Trägers von Rechten und Pflichten, gestützt schlicht auf dessen Menschsein. Damit wird dann auch der Unterschied zwischen der „rechtlichen“ und der „moralischen“ Menschenwürde deutlich: Umfasst erstere nur die rechtlichen Aspekte von Menschenwürde, müsste zweitere auch die philosophischen und emotionalen Aspekte mit umfassen. *Kant* versucht beide in seinem Prinzip der moralischen Gesetzgebung zu vereinen: durch den grundlegenden moralischen Imperativ („handle nur nach der Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“) und dem kategorischen Imperativ.³⁷⁶ Da es sich bei der Grundproblematik dieser Arbeit, um eine rechtliche Auseinandersetzung handelt, wird, soweit dies möglich ist, der „moralischen Seite“ der Menschenwürde weniger Beachtung geschenkt.

Bezüglich der Stellung der Menschenwürde im gesetzlichen Regelwerk der Menschenrechte kristallisierten sich zwei mögliche Varianten heraus:

1. Menschenwürde als eigenes fundamentales Grundrecht oder
2. Menschenwürde als absoluter, unantastbarer Kernbereich eines jeden Menschenrechts.

Nach der ersten Variante steht die Menschenwürde auf einer Ebene mit allen anderen fundamentalen Menschenrechten. Auf Grund ihrer bedingungslosen, absoluten Geltung kommt ihr allerdings im Kollisionsfall mit einem anderen fundamentalen Menschenrecht immer der Vorrang zu. Gängige Abwägungsmechanismen (wie etwa die Verhältnismäßigkeitsprüfung) sind von vornherein zu verneinen. Jegliche rechtliche Belange, Interessen, Werte würden an der Menschenwürde zerschellen. Eine solche Stellung wäre daher abzulehnen. Der wesentliche Unterschied zu der zweiten Variante ist der, dass es sich bei letzterer um ein „Miteinander“ handelt und in keinem Fall um ein „Gegeneinander“. Nur im Zusammenspiel von Menschenwürde und dem jeweiligen Menschenrecht, kann dieses im Sinne des gesamten, komplexen Menschenrechtsgedankens angewendet werden. Die Menschenwürde hat den „Status

³⁷⁵ *Bielefeldt*, Menschenwürde – Der Grund der Menschenrechte (2008) 12f.

³⁷⁶ Siehe Kap VI. A. 5. a. 3. iv.

einer unhintergehbaren Prämisse rechtlichen Denkens und Argumentierens überhaupt.³⁷⁷ Zusammengefasst ist die Menschenwürde iZm rechtlichen Handlungen und Verbindlichkeiten wie ein Maßstab zu behandeln, der von allen Menschen als stillschweigende Voraussetzung eingehalten werden muss, damit die komplexe Gesamtheit aller gesetzlichen Regelwerke, insbesondere der menschenrechtlichen Regelwerke funktionieren kann bzw funktioniert. Die besondere Stellung und der schwer fassbare Begriff der Menschenwürde bringt jedoch auch einen Nachteil, oder vielleicht auch einen Vorteil mit sich: sie ist nicht justiziabel.

VI. A. 6. b. Menschenwürde - Art 2 EMRK

Menschenwürde und das Recht auf Leben haben im Vergleich zu anderen Menschenrechten ein spezielles Verhältnis. Der Grund dafür findet sich in erster Linie in ihrer gemeinsamen Grundlage, dem Menschsein. *Höfling/Augsberg* gehen sogar so weit zu sagen, es bestehe eine „Wechselbezüglichen adaptierende partielle Identität“. Ihr persönlicher Schutzbereich gleicht sich fast völlig, selbst die damit verbundenen Schwierigkeiten sind ähnlich ausgestaltet, wie zB in der Frage, wann beginnt bzw endet die Menschenwürde?³⁷⁸ *Bielefeldt* meint zu der Beziehung zwischen Menschenwürde und Lebensschutz treffend: „Das Recht auf Leben wird in seinem menschenrechtlichem Charakter durch die gebotene Achtung der Würde eines jeden Menschen überhaupt erst positiv konstituiert. Nur der an die Achtung der Menschenwürde gebundene Rechtsstaat kann die Gewährleistung des Schutzes menschlichen Lebens als eine menschenrechtliche Aufgabe verstehen und durchführen. Darin unterscheidet sich der menschenrechtliche Lebensschutz, wie ihn der Rechtsstaat gewährleistet, von den Schutzmaßnahmen, die womöglich auch eine Mafiaorganisation für ihre Klientel wirksam ergreifen könnte.“³⁷⁹

³⁷⁷ *Bielefeldt*, Menschenwürde – Der Grund der Menschenrechte (2008) 5.

³⁷⁸ Insbesondere in der Frage, ob die Menschenwürde über den Tod hinausgeht, oder nicht, ist die hL gespaltenen Meinung. Siehe dazu zB *Dürrig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 1956, 117 und *Höfling/Augsberg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1082.

³⁷⁹ *Bielefeldt*, Menschenwürde und Folterverbot (2007) 10.

VI. A. 6. c. Menschenwürde und die Tötung von Zivilisten zur Verhinderung eines terroristischen Anschlags an Hand des Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes

Was bedeutet das bisher zur Menschenwürde Ausgeführte nun im konkreten Fall? *Dürig* warnt davor, die Menschenwürde zu entwerten, indem sie zur „kleinen Münze“ des Verfassungsrechts gemacht wird. Ihre Inanspruchnahme sollte wohlüberlegt und nicht allzu häufig erfolgen, um der Menschenwürde ihr Gewicht zu belassen. Die prinzipielle Heranziehung der Menschenwürde in der schwierigen Frage der möglichen Abwägung Leben gegen Leben – so wie vom dBVerfG vorgenommen – wäre, wenn sie präzise ausgeführt worden wäre, durchaus richtig, einige Aspekte wurden jedoch weder ausgeführt noch angesprochen:

- ❖ Zuzustimmen ist dem dBVerfG in seinen Ausführungen zur Verletzung der Menschenwürde der unbeteiligten Passagiere und Crewmitglieder in dem Sinne, dass sie nicht als Objekte behandelt werden dürfen. Ihre „Mutation“ zum „Teil der Waffe“ ist - wie oben bereits ausgeführt - zwar abzulehnen, die Objektformel mit ihrer Konsequenz einer Verdinglichung der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder führt aber trotzdem zu einem richtiges Ergebnis: Der Staat **verletzt** unter Berücksichtigung der **Prognoseunsicherheiten den Achtungsanspruch der unbeteiligten Passagiere und Crewmitglieder** als Träger des Rechts auf Leben. Gleiches gilt für den „unschuldigen Piloten“.
- ❖ Für den Fall eines **ausschließlich mit Terroristen** bemannten Luftfahrzeugs ist – abweichend vom Urteil des dBVerfG – **ebenso eine Verletzung der Menschenwürde** festzustellen, sofern noch eine **Prognoseunsicherheit** besteht. Streng genommen stellt das Urteil des dBVerfG eine Verletzung der Menschenwürde der Terroristen dar, da das Gericht den Terroristen die Möglichkeit von Prognoseunsicherheiten, oder dass einer der Terroristen seine Meinung ändert, völlig abspricht.
- ❖ Im **Idealfall** (siehe oben) käme es zu einer Kollision zwischen der Menschenwürde einerseits der unbeteiligten Passagiere und Crewmitglieder und andererseits der der gefährdeten Menschen am Boden. Ebenso wie bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit iZm Art 2³⁸⁰ wäre eine „**Aufopferungspflicht**“ der

³⁸⁰ Siehe Kap VI. A. 5. a. 3. iv.

unbeteiligten Passagiere und Crewmitglieder zu prüfen. Im Gegensatz zu der bereits besprochenen Kollision des Lebensrechts und deren Prüfung mit dem Ergebnis, dass grundsätzlich keinem Lebensrecht der Vorrang gegeben werden darf, wäre ein solcher auf Grund der Menschenwürde iS eines Achtungsanspruchs gegenüber den gefährdeten Menschen am Boden als Trägern des Rechts auf ein „rettbares“ Leben **zu bejahen**.

- ❖ Im **Idealfall** (siehe oben) wäre der Abschuss eines Luftfahrzeugs, welches ausschließlich mit Terroristen besetzt ist **keine Verletzung der Menschenwürde**.

VI. A. 7. Zusammenfassend - weiterführende Fragen

Die Ermächtigungsnorm des § 14 Abs 3 dLuftSiG umfasst drei mögliche, für die Beurteilung am Prüfungsmaßstab des Art 2 interessante Fallkonstellationen. In dem entführten Luftfahrzeug, welches gegen das Leben von Menschen auf dem Boden eingesetzt werden soll, befinden sich

- I die kriminellen/terroristischen Personen (Entführer des Luftfahrzeugs) sowie unschuldige Passagiere und Crewmitglieder,
- II ausschließlich kriminelle/terroristische Personen (Entführer des Luftfahrzeugs) oder
- III die kriminellen/terroristischen Personen (Entführer des Luftfahrzeugs) sowie der unschuldige Pilot.

Für alle drei Fallkonstellationen gilt, dass eine eindeutige Aussage über die Gegenwärtigkeit bzw die Ernsthaftigkeit des Angriffs aufgrund bestätigter, weit über die jeder Notwehrsituation innewohnende hinausgehender massiver Prognoseunsicherheiten kaum getätigt werden kann. Eine Verletzung des Art 2 durch § 14 Abs 3 dLuftSiG aber von vornherein und allein auf die „Prognoseunsicherheiten“ zu stützen, wäre aus mehreren Gründen nicht ausreichend: Erstens besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass durch äußere Umstände im Zusammenspiel mit derzeitigen technischen Hilfsmitteln eine Situation entsteht, in welcher die „Prognoseunsicherheiten“ deutlich reduziert sind, zweitens wäre es möglich, durch ein effektives Kontrollsystem die Unsicherheiten und gleichzeitig die Gefahr eines Missbrauchs von vornherein zu minimieren, und drittens ist

eine Einschränkung der „Prognoseunsicherheiten“ durch den Fortschritt der Technik nicht auszuschließen. Für die Prüfung einer Ermächtigungsnorm sind sowohl das erste als auch das dritte Argument irrelevant. Interessant ist hier nur die Überlegung, ob ein effektives Kontrollsystem der Genehmigung eines Abschusses den Ansprüchen des Art 2 genüge tun würde. Um dem § 14 Abs 3 dLuftSiG in der Form, in welcher er vorgesehen war, gerecht zu werden, behandelt die Beurteilung der drei Fallkonstellationen nach § 14 Abs 3 dLuftSiG hier daher immer auch unter gleichzeitiger Einbeziehung der Möglichkeit einer Reduzierung der „Prognoseunsicherheiten“ auch den **„Idealfall“**. Hinsichtlich der ersten Variante (ie Vorliegen einer massiven „Prognoseunsicherheit“) muss das Ergebnis aller drei Fallkonstellationen, dh auch wenn ausschließlich kriminelle Personen an Bord des Luftfahrzeugs sind, gleich sein: nicht nur, dass die gewählte Terminologie und Formulierung des § 14 Abs 3 dLuftSiG so ungenau gehalten ist, dass dies allein bereits eine Verletzung des Art 2 darstellt. Darüber hinaus sind die „Prognoseunsicherheiten“ zu groß und das gefährdete Rechtsgut zu hochwertig, um die Annahme eines „gegenwärtigen, ernst zunehmenden Angriffs“ zu einem Zeitpunkt zu begründen, in welchem ein Abschuss noch möglich wäre. Eine Ermächtigungsnorm **idF des § 14 Abs 3 dLuftSiG** wäre in jedem der oben unter I bis III genannten Fälle eine **Verletzung des Art 2** - des Rechts auf Leben.

Die Prüfung des „Idealfalls“ (ie stark reduzierte bzw nicht mehr vorliegende „Prognoseunsicherheit“) gestaltet sich diffiziler - besonders hinsichtlich der oben unter I genannten Fallkonstellation. Eine aufgliedernde Unterscheidung erscheint daher auch zusammenfassend sinnvoll.

Ad I an Bord befinden sich die kriminellen/terroristischen Personen (Entführer des Luftfahrzeugs) sowie unschuldige Passagiere und Crewmitglieder

Grundsätzlich ist in Bezug auf die rechtliche Position der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder und deren durch einen Abschuss des Luftfahrzeugs mögliche Tötung festzuhalten:

- sie sind kein „Teil der Waffe“
- es besteht eine „lebensnotwendige“ Verbindung zwischen ihnen und dem Luftfahrzeug
- sie sind keine Angreifer
- eine mögliche Tötung wäre bewusst und trotzdem unabsichtlich.

Das legitime Ziel des Abschusses besteht prinzipiell in der Verteidigung der Menschen auf dem Boden, dh Nothilfe. Maßnahmen gem Art 2 Abs 2 lit a sind jedoch nach der allgemein anerkannten Interpretation nur gegen Angreifer zulässig. Dies ergibt sich daraus, dass das rechtswidrige – angreifende - Verhalten und die Reaktion darauf dem Angreifer zugerechnet werden. Da die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder aber eben nicht als Angreifer zu qualifizieren sind, ist nach der restriktiven Auslegung ihnen gegenüber **keine Nothilfe zulässig**. Das Ergebnis müsste also lauten: § 14 Abs 3 dLuftSiG ist, wenn sich unschuldige Passagiere und Crewmitglieder in dem Luftfahrzeug befinden, selbst im „Idealfall“, als **Verletzung des Art 2** anzusehen. Freilich sind auch hier Argumente zu finden, die für eine weitere Auslegung des Eingriffstatbestands des Art 2 Abs 2 lit a sprechen:

- * Analogie zum Notwehrrecht gegen Schwangere
- * die Funktion des „Schutzschildes“ als Tatbeitrag der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder
- * Rsp des EGMR zur Verhältnismäßigkeit bei Notwehr (Fall Bazayeva gg Russland)³⁸¹

Wird eine weitere Auslegung des Art 2 für zulässig erachtet, so folgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das abzuwägende Rechtsgut ist das Leben. Grundgedanke aller menschenrechtlichen Überlegungen ist, dass jedem Menschen aufgrund seines „Mensch Seins“ Rechte zustehen. Daraus ergibt sich, dass das „Leben“, als das „Sein“ neben der Erscheinungsform „Mensch“ wegen seiner Einzigartigkeit das wichtigste Rechtsgut ist, das der Mensch hat. Außerdem zeigt sich an diesem Grundgedanken auch, dass das „Leben“ als kleinster gemeinsamer Nenner jedem Menschen in gleicher Weise zukommt, es also auch für jeden den gleichen Wert besitzt – nämlich den Höchstwert. Eine unterschiedliche Wertung des Lebens ist daher ausgeschlossen. Dem steht auch die Zulässigkeit einer Tötung in Notwehr nicht entgegen, da der ungerecht Angreifende iSv *Merkl* eben selbst sein Leben gefährdet. Im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG kann folglich aus Sicht eines Außenstehenden ein Abschuss eines nie gerechtfertigt sein, da eine solche Rechtfertigung immer mit einer Wertung des Lebens der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder einherginge. Theoretisch wäre die Situation aber aus der Perspektive der

³⁸¹ EGMR, U 24.2.2005, Nr 57947/00.

Menschen an Bord des Luftfahrzeugs lösbar, wenn für diese eine Aufopferungspflicht gegenüber der Gemeinschaft bestünde, oder wenn von einer Einwilligung in ihre Tötung ausgegangen werden könnte. Gründe, die eine Aufopferungspflicht eventuell begründen könnten, wären:

- Das Leben der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder ist ohnehin verloren.
- Unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder leisten einen Tatbeitrag.
- Rettung einer größeren Anzahl an Menschenleben.

Im Ergebnis ist freilich keiner dieser Gründe für sich ausreichend, um eine Selbstaufopferung zu verlangen. Gewisse „Nebenprodukte“ aus der Prüfung der einzelnen Gründe sind jedoch festzuhalten:

- Es handelt sich im Fall des § 14 Abs 3 dLuftSiG um keine Abwägung Leben gegen Leben im engen Sinn; die unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder sind als Teil einer Gefahrgemeinschaft mit einseitiger Chancenverteilung einzustufen.
- Aus einem zufälligen „Zustand“ kann auf keinen Tatbeitrag geschlossen werden – keine „Zustandsverantwortlichkeit“
- Das Rechtsgut „Leben“ ist wegen seines Höchstwerts nicht quantifizierbar.

Bezüglich der Einwilligung ist prinzipiell zu unterscheiden zwischen der Einwilligung iS einer Aufforderung und iS eines Anerkenntnis. Beide Möglichkeiten sind jedoch jedenfalls schon aus Formgründen (Schriftlichkeit, Ausdrücklichkeit etc) zu verneinen.

Aus der Perspektive der unschuldigen Passagiere und Crewmitglieder besteht weder eine Aufopferungspflicht gegenüber der Gemeinschaft, noch eine ausdrückliche oder mutmaßliche Einwilligung in ihre Tötung.

Die letzte bestehende Möglichkeit, die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beeinflussen, ist eine aus der Sicht des Staates iS eines Mitgliedstaates der EMRK. Es ist unumstritten, dass jeden Mitgliedstaat der EMRK im Falle einer Entführung eines Luftfahrzeugs mit unschuldigen Passagieren und Crewmitgliedern, in dem das Luftfahrzeug als Waffe gegen das Leben von Menschen auf dem Boden eingesetzt werden soll, sowohl eine

Pflicht gem Art 2 als auch ein Verbot gem Art 2 treffen. Einerseits die Pflicht, das Leben der Menschen auf dem Boden zu schützen, und andererseits das Verbot, in das Lebensrecht der unschuldigen Menschen an Bord des Luftfahrzeugs, einzugreifen. Nach teleologischer und historischer Interpretation der EMRK ist dem Abwehrrecht – und damit dem Verbot – der Vorrang zu geben.

Das Endergebnis der rechtlichen Beurteilung des § 14 Abs 2 dLuftSiG am Prüfungsmaßstab des Art 2 lautet folglich, dass **die Ermächtigungsnorm § 14 Abs 3 dLuftSiG selbst im „Idealfall“ nicht mit Art 2 kompatibel ist.**

Ad II an Bord befinden sich ausschließlich kriminelle/terroristische Personen (Entführer des Luftfahrzeugs)

Der Fall, dass sich ausschließlich kriminelle/terroristische Personen an Bord des Luftfahrzeugs befinden, unterscheidet sich von der ersten Fallkonstellation im rechtlichen Sinne besonders durch die rechtliche Position der kriminellen/terroristischen Personen. Diese können nämlich alle als Angreifer qualifiziert werden. Im „Idealfall“ ergeben sich daher keinerlei Problematiken iZm dem legitimen Ziel – nämlich der Nothilfe, die hier eindeutig vorliegt - und auch nicht mit der Verhältnismäßigkeit. Grundsätzlich wäre also eine Ermächtigungsnorm iSd § 14 Abs 3 dLuftSiG, welche den Abschuss eines mit ausschließlich von kriminellen/terroristischen Personen besetzten Luftfahrzeuges, welche dieses gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen, erlaubt im „Idealfall“ (sprich bei einer nicht über das im Fall einer jeden Notwehr bzw Nothilfe gegebene Maß hinausgehenden „Prognoseunsicherheit“) **keine Verletzung des Art 2.**

Ad III an Bord befinden sich die kriminellen/terroristischen Personen (Entführer des Luftfahrzeugs) sowie der unschuldige Pilot

Diese letzte Fallkonstellation richtet sich je nach Beurteilung der rechtlichen Position des Piloten entweder nach dem „Idealfall“ der ersten oder der zweiten Fallkonstellation. Ist der unschuldige Pilot die Person, welche das Luftfahrzeug zu seinem „Einsatzort“ fliegt, so leistet er zumindest einen Tatbeitrag; ein Abschuss wäre also gem Art 2 Abs 2 lit a gerechtfertigt. Macht der unschuldige Pilot von seinen besonderen Fähigkeiten aber keinen Gebrauch, so ist er und die Situation ebenso zu beurteilen, wie die erste Fallkonstellation. Der „Idealfall“ richtet sich hier also nicht nur nach den „Prognoseunsicherheiten“, sondern auch nach dem Wissen über die Tätigkeit des Piloten.

Als Endergebnis ist also festzuhalten, dass die Ermächtigungsnorm § 14 Abs 3 dLuftSiG in der bisherigen Form keinesfalls mit Art 2 und der ihm innewohnenden Menschenwürde vereinbar ist. Im „Idealfall“ wäre der Abschuss eines nur mit kriminellen/terroristischen Personen bzw uU eines mit kriminellen/terroristischen Personen und einem unschuldigen Piloten besetzten Luftfahrzeugs, wenn die kriminellen Personen das Flugzeug gegen das Leben von Menschen auf dem Boden einsetzen möchten, mit Art 2 kompatibel.

Es wurde versucht, in der Beurteilung der Ermächtigungsnorm § 14 Abs 3 dLuftSiG am Prüfungsmaßstab Art 2 möglichst dogmatisch vorzugehen und dem ansonsten sehr emotionsgeladenen Thema („der Staat opfert Unschuldige“; „§14 Abs 3 dLuftSiG - ein Tabubruch?“ etc), in sachlicher Weise gerecht zu werden. Das Ergebnis ist klar, eine Ermächtigungsnorm, die die Abwägung Leben gegen Leben im Voraus generell normiert, ist aus menschenrechtlicher Sicht nicht zulässig. Warum ist dann die Rechtswissenschaft, und nicht nur sie, bei einem derart klaren Ergebnis nicht zufrieden? Die Antwort liegt wohl in der dünnen Trennlinie: das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung ist klar, ebenso eindeutig fallen aber die zahlreichen Argumente - wennzwar jedes für sich zu verneinen – aus, die für einen Abschuss sprächen.

VII. Schlussfolgerungen

Gegenstand dieser Arbeit ist die rechtliche Zulässigkeit einer Abwägung „Leben gegen Leben“, neuerdings wieder aufgeworfen durch neuartige „Kampfformen“ des Terrorismus (als Beispiel hier ein gekapertes Flugzeug, das von Terroristen als Waffe zur Bedrohung von Menschen am Boden eingesetzt wird) und die dadurch ausgelösten Reaktionen darauf. Wichtig war dabei, zunächst „die Gefahr“ - den Terrorismus - eingehender zu erläutern; der wesentlichste Punkt ist, dass es sich bei „Terrorismus“ per se um eine zwar nicht neue Art der Lebensgefährdung handelt, dass sich aber Motive, Ziele und vor allem Methoden gerade in jüngerer Zeit erheblich gewandelt haben. Wenn heute von „modernem“ Terrorismus gesprochen wird, sind sechs „Charakteristika“ insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten darauf hervorzuheben: der „moderne“ Terrorismus ist eine

- global organisierte/vernetzte und angreifende,
- kommunikations- und waffentechnisch gut ausgerüstete,
- religiös/ideologisch motivierte,
- bis zur Selbstaufgabe kampfbereite
- nicht-kriegerische³⁸², aber höchst gewalttätige Gefährdung,
- deren Hauptangriffspunkt jeweils weite Teile der Zivilbevölkerung sind.

Die zu beachtenden grundlegenden rechtlichen Aspekte, die Konsequenzen aus diesen „Charakteristika“ darstellen, sind,

- = dass das Kriegsrecht bzw der völkerrechtliche Notstandsfall keine Anwendung findet,
- = dass unschuldige Zivilpersonen sowohl in terroristische als auch antiterroristische Aktionen hineingezogen werden und
- = dass ein staatenübergreifendes Vorgehen hinsichtlich der Verteidigungs- bzw anti-terroristischen Maßnahmen am effektivsten wäre.

Sich nur mit den daraus entstehenden rechtlichen Besonderheiten auseinanderzusetzen, würde der Gefährdung durch diese Art des Terrorismus freilich nicht gerecht werden; ein ebenso zu berücksichtigender Aspekt ist der emotionale. Die nachvollziehbaren Reaktionen auf diese „besonderen Charakteristika“, die bei „normalen“ kriminellen Vereinigungen, wie zB der Mafia, nicht oder in geringeren Ausmaßen gegeben sind, ist:

- ≡ globale Unsicherheit und Angst und
- ≡ ein erhöhtes allgemeines Sicherheitsbedürfnis.

Vor allem letzteres findet in zahlreichen anti-terroristischen Maßnahmen seinen Niederschlag. Die unberechenbare, allgegenwärtige Bedrohung durch den Terrorismus und die „zufällige“ Auswahl seiner Opfer, trifft die „zivilisierte“ Gesellschaft – wie vom Terrorismus gewollt und geplant - in ihren Grundfesten. In einer solchen Grenzsituation ist es als Gesetzgeber besonders wichtig, gewisse Grundregeln als Maßstab festzulegen und anzuerkennen, um das Vertrauen der Zivilbevölkerung in die Rechtsstaatlichkeit nicht zu erschüttern oder gar zu verlieren. Dieser „rechtliche Maßstab“ muss Grenzen ziehen und diese sinnvoll, effektiv und den Anforderungen der Zeit entsprechend

³⁸²„nicht kriegerisch“ iSd Kriegsvölkerrechts.

schützen. Was liegt hier also näher als der elementarste Rechtsschutz – nämlich der Menschenrechte?

Grundgedanke und Basis der Menschenrechte ist die Vorstellung, dass jedem Menschen aufgrund der einfachen Tatsache, dass er ein Mensch ist, Rechte zukommen und jeder Mensch eine Menschenwürde besitzt. Die Anspruchsgrundlage und als kleinster/größter gemeinsamer Nenner das Fundament der Gleichberechtigung ist das „Menschsein“. Es ist dies ein Zusammenspiel der Komponenten „Mensch“ und „Sein“; der „Mensch“ im Gegensatz zum Tier oder einer Sache und das „Sein“ im Sinne von „Leben“. Leben oder das „Leben“ ist folglich genauso grundsätzliche Bedingung und Basis für Menschenrechte wie der „Mensch“ an sich. Eng verknüpft mit dem „Leben“ ist auch die „Menschenwürde“, hat diese ihre Grundlage doch ebenfalls im „Menschsein“. Die „Menschenwürde“ als Achtungsanspruch und Quelle aller normativen Verbindlichkeiten, welche jedem Menschen uneingeschränkt zusteht, ist Grundvoraussetzung des „Miteinander Leben“. Die „Menschenwürde“ wohnt dem Grundrecht auf „Leben“ also immanent „als letzter Referenzpunkt rechtlichen und moralischen Argumentierens“³⁸³ inne. Das „Leben“ ist aufgrund seiner Einmaligkeit und Unwiederbringlichkeit der Höchstwert jedes einzelnen Menschen. Kein Mensch besitzt ein höheres Gut oder einen wertvolleren Besitz, als dieses eine – sein – Leben; irgendwie geartete Abstufungen des „Lebens“ oder der ihm innewohnenden „Menschenwürde“ sind unzulässig. Folglich hat selbst bei einer quantitativen Abwägung, bei der in der einen Waagschale nur das „Leben“ eines einzelnen und in der anderen das „Leben“ von 10.000-ten liegt, der absolut geschützte Kernbereich des „Lebens“ dieses einen Menschen einen unaufwiegbaren Höchstwert. Eine Abwägung Leben gegen Leben soll daher nie unter qualitativen oder quantitativen Aspekten entschieden werden dürfen.

Diese Feststellung ist bisher in einem freiheitlichen, liberalen Rechtsstaates nicht in Zweifel gezogen worden. So ist auch nach der gegenwärtig gängigen Interpretation bei der Darstellung des exemplarischen Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes das Ergebnis, dass eine Abwägung Leben gegen Leben als solche nach Art 2 in seiner bisherigen Auslegung in keinem Fall gerechtfertigt sein kann. Es sei hier darauf hingewiesen, dass das BVerfG zwar nicht nach der EMRK, aber nach dem deutschen

³⁸³ Bielefeldt, Menschenwürde – Der Grund der Menschenrechte (2008), 13.

Grundgesetz das Luftsicherheitsgesetz wegen Verletzung der Menschenwürde für verfassungswidrig und nichtig erklärte. Dem Staat sind also in jeder Situation, in der eine Abwägung Leben gegen Leben ansteht, die Hände gebunden. Es bleiben aber offene Fragen, welche zumindest als Denkanregung in den rechtlichen Diskurs über die Interpretation des absoluten Verbots der Tötung unbeteiligter Menschen angesichts heutiger terroristischer Bedrohungsszenarien mit einfließen sollten:

- Ist die heutige Interpretation des Art 2 angesichts dessen, dass es sich bei der EMRK nach Auffassung des EGMR um ein lebendiges Instrument handelt und neuartige terroristische Bedrohungen auftreten, veränderbar? Ist eine dynamische, evolutive Interpretation fundamentaler Menschenrechte grundsätzlich ausgeschlossen oder ist Sie angesichts veränderter gesellschaftlicher Bedrohungsszenarien zum Schutz menschenrechtlicher Standards vielleicht sogar geboten?

Basis dieser Auseinandersetzung ist, dass es sich bei der EMRK grundsätzlich nicht um ein starres Regelwerk handelt, dessen Interpretation unabhängig vom Geschehen der Gegenwart abschließend und unveränderbar ist, und das mit Art 2 ein an sich absolutes Recht garantiert, welches freilich durch seine Eingriffstatbestände und Schutzverpflichtungen das Tor zur dynamischen Interpretation öffnet. Im Verlauf der Arbeit zeigten sich insbesondere an Hand der Analyse der Rsp des EGMR in Fällen konkreter Verletzungen des Art 2 iZm Terrorismus Entwicklungen in der Interpretation des Art 2 bzw in der Auslegung von Artikeln, die wiederum Einfluss auf Art 2 haben können und dessen Auslegung mittelbar verändern. Es sei hier an die unterschiedliche Rsp des EGMR zu Art 5 EMRK und zu der Unterscheidung zwischen „conventional crime“ und „terrorist crime“ erinnert und an deren möglichen Einfluss auf Art 2 Abs 2 lit b (Es wird daran erinnert, dass es sich bei dieser Unterscheidung, um keine Ausformung eines „Feindstrafrechts“ handelt.), an die Berücksichtigung der besonderen Schwierigkeiten iZm anti-terroristischen Operationen und das daraus entstandene „Organisationsverschulden“. Der Terrorismus hat also bereits seine Spuren in der Auslegung des Art 2 hinterlassen; es sind – wenn auch vorsichtige – Entwicklungen aufgrund der dynamischen Interpretation des Rechts auf Leben festzustellen.

Ganz grundsätzlich ist in Bezug auf die dynamische, flexible Auslegung der EMRK auch die Rsp des EGMR zum Fall *Klass* gg. die BRD nennen, in welchem eine Verletzung des

Art 8 EMRK behauptet wurde. In seiner Begründung widmete sich der EGMR weniger dem Eingriff an sich, als der Wirksamkeit des Kontrollsystems und führte dazu aus, dass mit Rücksicht auf den Fortschritt der Technik auf dem Gebiet der Spionage und im Hinblick auf die Entwicklung des Terrorismus in Europa, der Staat in der Lage sein/bleiben müsse, wirksam gegen die Bedrohung vorgehen zu können. Damit es freilich im Namen des Kampfes gegen den Terrorismus nicht zu ausufernden Maßnahmen bzw. Missbräuche komme, müsse eine ständige, effektive Kontrolle bestehen. Unter dieser Voraussetzung verneinte der EGMR im konkreten Fall die behauptete Verletzung des Art 8 EMRK. Aus dieser Rsp des EGMR kann nun geschlossen werden, dass der EGMR im Hinblick auf die schwierigen Umstände der Terrorismusbekämpfung einer Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten unter der Bedingung eines wirksamen Kontrollsystems eher zuzustimmen bereit ist als ohne eine ausreichende Missbrauchskontrolle. Ein wirksames, effektives Kontrollsystem kann aber nur bestehen, wenn es im Vorhinein etabliert wird. Auch hier liefert der EGMR ein Beispiel für eine interpretative, tatsächliche Entwicklungen berücksichtigende Weiterentwicklung der EMRK.

- Die Literatur subsumiert die unterschiedlichsten Konstellationen unter den methodischen Zugang „Abwägung Leben gegen Leben“; handelt es sich aber auch bei jeder dieser Fallkonstellation wirklich um eine Abwägung Leben gegen Leben?

Juristisch können mit einer „Abwägung Leben gegen Leben“ grundsätzlich mehrere zu unterscheidende Konstellationen gemeint sein. Die klassischen Beispiele wie zB der Fall des Bahnwärters von *Welzel*, der Bergsteigerfall, das Schiffsunglück oder die Euthanasiefälle³⁸⁴ beschreiben alle tatsächliche Situationen, in denen eine Abwägung Leben gegen Leben vorgenommen werden muss bzw. vorgenommen wurde. In concreto ging es um ein „Du oder Ich“. Im Gegensatz dazu gestaltet sich der Fall des Schiffsunglücks³⁸⁵, welcher mit dem deutschen Luftsicherheitsgesetz am ehesten vergleichbar ist, anders. Es handelt sich um eine Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Chancenverteilung. Eine Abwägung Leben gegen Leben ist bei solchen überhaupt nicht möglich. Vielmehr ist die Abwägung bei Gefahrengemeinschaften mit einseitiger Chancenverteilung als „das Leben jener oder das Leben aller“ zu beschreiben, wobei

³⁸⁴ Siehe Kap VI. A. 5. a. 3. iv.

³⁸⁵ Ein Schiff droht wegen eines Lecks im unteren Bereich unterzugehen. Der Kapitän kann durch das Schließen der Schotten das Schiff schwimmtauglich halten, tötet aber die Menschen, die sich im Unterdeck befinden, siehe Kap VI. A. 5. a. 3. iv.

niemand darüber entscheidet, wer stirbt und wer überlebt. Es handelt sich bei einer Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Chancenverteilung also nicht um eine tatsächliche Abwägung Leben gegen Leben, sondern um ein Leben und/oder das Leben aller, ein „Du oder Wir alle“.

- Wie sicher muss und kann es sein, dass der Teil der Gefahrengemeinschaft ohne Chance auf Überleben tatsächlich keine Chance zu überleben hat?

Ganz generell ist diese Problematik die mit Abstand schwierigste und mit rechtlichem Spezialwissen allein wahrscheinlich nicht zu lösen. Zunächst muss hier unterschieden werden zwischen konkreten Anlassfällen, in denen ad hoc entschieden werden muss, und Situationen, für die das Verhalten vorab geregelt ist. („Handlung per se“ versus „Ermächtigungsnorm“). Ob Fälle – so oder so – wirklich generell umschrieben werden können, in denen die „Prognoseunsicherheiten“ auf ein solches Minimum reduziert werden können, dass einer Personengruppe ihre Überlebenschance tatsächlich abgesprochen werden kann, ist allgemein kaum zu bejahen oder zu verneinen. Es erscheint um vieles wahrscheinlicher, dass für konkrete Situationen ad hoc die „Prognoseunsicherheiten“ leichter abzuschätzen sind, und es damit auch eher der Fall sein wird, dass eine Gefahrengemeinschaft mit tatsächlich einseitiger Chancenverteilung konkret bejaht werden kann/muss. Der Nachteil dabei ist, dass es weder festgelegte prozedurale Schritte noch vorweg ausreichend definierbare inhaltliche Anforderungen gibt, welche eine gewisse Kontrolle gewährleisten.

- Grundsätzlich stellt jede Verkürzung eines Lebens einen Eingriff in Art 2 dar, so auch die Tötungen der Menschen ohne Überlebenschance in einer Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Chancenverteilung. Kann eine „Summierung“ verschiedener Aspekte eine Verkürzung rechtfertigen?

Im Falle des dargestellten konkreten Beispiels des deutschen Luftsicherheitsgesetzes wäre der „zusätzliche“ Aspekt, dass die Zahl der mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit rettbaren Menschen wahrscheinlich bedeutend höher ist, als die der mit mindestens gleich hohen Wahrscheinlichkeit nicht rettbaren. Dh es handelt sich hier um zwei „Merkmale“ bezogen auf die Situation der Gefahrengemeinschaft der unschuldigen Passagiere und

Crewmitglieder mit einseitiger Chancenverteilung und der höheren Anzahl von zu rettenden Menschen – die jedes für sich alleine keine Verkürzung des Lebens eines anderen rechtfertigen können. Hinzu kommt, dass es sich um eine Kollision zweier sich aus der EMRK ergebender Verpflichtungen des Staates handelt: Einerseits ist der Staat verpflichtet, das Lebensrecht jedes Menschen, soweit er kann, aktiv zu schützen, und andererseits ist es ihm – abgesehen von den aufgezählten Ausnahmen – verboten, in das Lebensrecht der Menschen verletzend einzugreifen. Mit Blick auf die Geschichte der EMRK allgemein und des Art 2 im Besonderen ist das Verbot eines Eingriffs wohl als schwerwiegender zu beurteilen als die Schutzpflicht, wurde die EMRK doch als Reaktion auf die Gräueltaten des Nationalsozialismus mit dem Ziel erarbeitet, das willkürliche Eingreifen eines Staates in das Lebensrecht der Menschen zu verhindern. Im Gegensatz dazu wäre nach *Hobbes* und seiner Grundidee der Menschenrechte wohl der Schutz als höherwertig zu beurteilen, weil erst dieser die Daseinsberechtigung des Staates legitimiert. Keine der Varianten ist somit als a priori grundsätzlich richtig oder falsch zu beurteilen. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit und der Effektivität – zweier alle Menschenrechte durchziehender Grundsätze – müsste die Summierung der unterschiedlichen Argumente, die für eine Verkürzung sprechen, Berücksichtigung finden dürfen.

- Worum geht es eigentlich? Riskiert hier die Rechtswissenschaft, durch eine streng dogmatische, inflexible Sichtweise den Blick für das Ganze zu verlieren?

Terrorismus ist eine globale, allgegenwärtige Gefährdung weite Teile der Zivilbevölkerung. Kein Staat auf der ganzen Erde kann sicher sein, nicht Opfer eines terroristischen Angriffs zu werden. Es ist einhellige Meinung, dass eine angemessene Reaktion auf dieses Bedrohungsszenario zur Minimierung der Gefährdungen erforderlich ist. Der Spielraum der Verteidigungsmöglichkeiten ist allerdings klein und immer wieder findet sich hier die Rechtswissenschaft an ihren Grenzen. Ist diese „Verletzbarkeit“ der Preis für die Rechtsstaatlichkeit – Stärke und gleichzeitig Schwäche, Ziel der Angriffe und zugleich unüberwindliche Schranke der Verteidigung? Eine für alle Gegebenheiten passende abschließende, rechtlich „richtige“ Lösung zu finden, ist unmöglich. Als wahrscheinlich ist anzusehen, dass, sollte es tatsächlich zu einer Situation kommen, in der die Tötung unbeteiligter und wahrscheinlich nicht rettbarer Menschen die Rettung einer

Vielzahl anderer unbeteiligter Menschen bedeutet, diese Tötungshandlung auch vollzogen würde. Realistisch gesehen ist folglich zwischen zwei möglichen Varianten zu wählen:

i) Die erste wäre, keine Regelung zu treffen, um die Hemmschwelle für einen tatsächlichen Eingriff (zB Abschuss des Luftfahrzeugs) hoch zu halten, die Gefahr des Missbrauchs zu verhindern und die gesamte rechtliche Prüfung am Maßstab des Art 2 ex post einzelfallspezifisch durchzuführen, wobei die Rps des EGMR zur Tötung unbeteiligter Zivilpersonen mutatis mutandis eine Richtschnur darstellen könnte, um die Unberechenbarkeit der einzelfallspezifischen ex post Beurteilung immerhin abzuschwächen, wenngleich der Grad der Intentionalität der Tötungshandlung hier ein ganz anderer ist.

ii) Die zweite Variante wäre, die Tötung begleitet von einem ins Detail gehenden wirksamen Kontrollsystem und -verfahren zu legalisieren und die Interpretation des Art 2 im Sinne einer möglichst genau zu spezifizierenden Ermächtigung auszuweiten, die Missbräuche des Eingriffs in das höchste Gut eines Menschen, nämlich in sein Lebensrecht, weitestmöglich ausschließt. Beide Möglichkeiten haben zweifelsohne auch ihre Nachteile: zB der unklare Entscheidungsprozess und die Verlagerung der Entscheidungsverantwortung auf einzelne handelnde Staatsorgane der ersten Variante oder die Gefahr des Dominoeffekts der zweiten Variante. Eine eindeutige, richtige Lösung gibt es vermutlich nicht; zu befürchten ist aber, dass das „Mittel“, unbeteiligte Zivilisten als Opfer bzw als Schutzschild zu gebrauchen, mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit immer wieder Teil der Strategie von terroristischen Angriffen sein wird.

A. Abkürzungsverzeichnis

aA, AA	anderer Ansicht
Abs	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
Anm	Anmerkung
AppINr	Application Number
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art	Artikel
Aufl	Auflage
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
Bf	Beschwerdeführer
BG	Bundesgericht
dBGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bsp	Beispiel
BT	Bundestag
dBVerfG	deutsche Bundesverfassungsgericht
dBVerfGE	deutsche Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
bzw	beziehungsweise
dh, Dh	das heißt
di	das ist
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Decisions and Reports
Drs	Drucksache
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELR	European Law Review

EMRK, MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
E	Entscheidung
Erk	Erkenntnis
Erl	Erlass
ERP	Ejercito Revolucionario del Pueblo
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
f. (ff.)	und der (die) folgende(n)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem	gemäß
dGG	deutsches Grundgesetz
gg	gegen
GH	Gerichtshof
hL	heutige Lehre
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idF	in der Form
idR	in der Regel
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JB1	Juristische Blätter
JLS	Journal of Law and Society
JR	Juristische Rundschau

JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
lat	lateinisch
lit	Litera
dLuftSiG	deutsches Luftsicherheitsgesetz
LS	Registerzeichen für Strafverfahren vor dem Schöffengericht (Deutschland)
dMePolG	deutscher Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
min	Minuten
MMAD	Cypriot Police Mobile Immediate Action Unit Special Antiterrorist Squad
MRA	UN-Menschenrechtsausschuss
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NQHR	Netherlands quarterly of human rights
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖGL	Österreich in Geschichte und Literatur
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PatVG	Patientenverfügungsgesetz
Prot	Protokoll
RJD	Reports of Judgements and Decisions
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik
S	Satz
SAS	Special Air Service
Slg	Sammlung
sog	sogenannt(e, er, es)

StGB	Strafgesetzbuch
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
U	Urteil
v	von; vom
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche
Vol	Volume
WTC	World Trade Center
WVK	Wiener Vertrags Konvention
Z	Zahl; Ziffer
zB	zum Beispiel
ZPEMRK, ZP	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

B. Literaturverzeichnis

Bücher, Jahresberichte, Kommentare, Studien:

Amnesty International, Jahresbericht, Frankfurt am Main 2005

Becker, Ulrich, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des BVerfG, Berlin 1996

Bielefeldt, Heiner, Menschenwürde und Folterverbot, Studie, Berlin 2007

Bielefeldt, Heiner, Menschenwürde. Der Grund der Menschenrechte, Studie, Berlin 2008

Conseil de l'Europe, Collected Edition of the “travaux préparatoires” of the European Convention of Human Rights, Vol. II und III, Den Haag 1976

della Porta, Donatella, Social Movements, Political Violence and the State, Cambridge 1995

Denninger, Erhard, Freiheit durch Sicherheit?, in: v. Arnim, Gabriele / Deile, Volkmar / Hutter, Franz-Josef / Kurtenbach, Sabine / Tessmer, Carsten (Hrsg), Jahrbuch Menschenrechte 2003, Frankfurt am Main 2002, 44ff

Depenheuer, Otto, Selbstbehauptung des Rechtsstaats, in: Depenheuer, Otto / Grabenwarter, Christoph (Hrsg), Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, Band 8, 2. Auflage, Paderborn 2008

Dieterich, Thomas, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage, München 2008

Erb, Klaus, § 34 StGB, in: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2003

Erben, Ernst / Szirba Rudolf, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich, Kommentar, 5. Auflage, Wien 1998

Fischer, Peter / Köck, Heribert Franz, Völkerrecht, 6 Auflage, Wien 2004

Frowein, Jochen, Art 2 EMRK, in: Frowein, Jochen / Peukert, Wolfgang (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention, 2 Auflage, Kehl am Rhein 1996

Fuchs, Helmut, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3 Auflage, Wien 1998

Gabriel, Mark A., Motive islamischer Terroristen, Eine Reise in ihre religiöse Gedankenwelt, Gräfelfing 2007

Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4 Auflage, München 2009

Herdegen, Matthias, Völkerrecht, 2 Auflage, München 2002

Hirsch, Hans Joachim, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, in: Hettinger, Michael (Hrsg), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, 149ff

Holoubek, Michael, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Wien 1997

Honnacker, Heinz / Beinhofer, Paul, Polizeiaufgabengesetz, Handkommentar, 17. Auflage, Stuttgart 1999

Ignatieff, Michael, Das kleinere Übel, Hamburg 2004

Janis, Mark W. / Kay, Richard S. / Bradley, Anthony W., European Human Rights Law: Text and Materials, 3. Auflage, Oxford 2008

Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785

Klugmann, Marcel, Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen, Frankfurt am Main 2001

Kneihls, Benjamin, Recht auf Leben und Terrorismusbekämpfung - Anmerkungen zur jüngsten Judikatur des EGMR, in: Grabenwarter, Christoph / Thienel, Rudolf (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Kehl am Rhein 1998, 21ff

Kopetzki Christian, Art 2 EMRK, in: Korinek, Karl / Holoubek, Stefan (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, Loseblattsammlung, 10. Auflage, Wien 2002, 2ff

Koziol, Helmut, Bürgerliches Recht, Band I, 11 Auflage, Wien 2000

Lackner, Karl / Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26 Auflage., München 2007

Lorenz, Dieter, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts - Band VI, 2 Auflage, Heidelberg 2001, 3ff

Mathieu, Bertrand, The Right to Life in European Constitutional and International Case Law, Straßburg 2006

Maunz, Theodor / Badura, Peter, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Loseblattsammlung, 42 Auflage, München 2001

Merk, Beate, „Auch über den Wolken dürfen die Gesetze nicht grenzenlos sein“, Augsburg 2006

Merkel, Reinhard, § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, in: Graulich, Karl / Simon, Dieter (Hrsg), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit - Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven, Berlin 2007, 173ff

Merkel, Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895

Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2 Auflage, Baden-Baden 2006

Müller, Thomas, Bestie Mensch, 4 Auflage, Salzburg 2004

Neuhold, Hanspeter / Hummer, Waldemar / Schreuer, Christoph, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band 2: Materialienteil, 4 Auflage, Wien 2004

Neumann, Ulfried / Puppe, Ingeborg / Schild, Wolfgang, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, 11 Auflage, Baden-Baden 2003

Opsahl, Torkel, The right to life, in: Macdonald, Ronald / Matscher, Franz / Petzold, Herbert (Hrsg), The European system for the Protection of Human rights, Dordrecht 1993, 207ff

Partsch, Karl Josef, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1966

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 17 Auflage, Heidelberg 2001

Richardson, Louise, What Terrorists want. Understanding the Enemy, Containing the Threat, New York 2006

Roxin, Claus, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Vogler, Theo (Hrsg), Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Heinrich Jescheck, Berlin 1985, 457ff

Tretter, Hannes, Art 2 MRK, in: Ermacora, Felix / Nowak, Manfred / Tretter, Hannes (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der Österreichischen Höchstgerichte, Wien 1983, 83ff

Sagemann, Marc, Understanding Terror Networks, Philadelphia 2004

Urban, Mark L., Big Boy's Rules, London 1992

Villiger, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993

Waldmann, Peter, Eine Einführung, in: Hirschmann, Kai / Gerhard, Peter (Hrsg),
Terrorismus als weltweites Phänomen, Berlin 2000

Waldmann, Peter, Terrorismus: Provokation der Macht, Hamburg 2005

Waldmann, Peter, Neuer Terrorismus?, in: Graulich, Karl / Simon, Dieter (Hrsg),
Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit - Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven, Berlin
2007, 47ff

Wildhaber, Luzius, Opening of the Judicial Year Ceremony, in: Annual Report 2002,
hrsg. v. ECHR, Straßburg 2003, 5

Aufsätze:

Banks, William C., Interview mit Sagemann, Marc, Alternative Views of the Terrorist
Threat, International Studies Review 2007, 669ff

Baldus, Manfred, Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum - Sind die neuen
luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und
grundrechtswidrig?, NVwZ 2004, 1278ff

Baldus, Manfred, Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen - Das Luftsicherheitsgesetz auf
dem Prüfstand, NVwZ 2006, 532ff

Baumann, Karsten, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt?, DÖV
2004, S 853ff

Bezemek, Christoph, Unschuldige Opfer staatlichen Handelns, JRP 2007, 121ff

Demko, Daniela, Der hinreichende Tatverdacht nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“, HRRS 2004, 95ff

Dürig, Günter Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 1956, 117ff

Gropp, Walter, „Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?, Ein Nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz, GA 2006, 284ff

Handstanger, Meinrad / Okresek, Wolf, Sicherheitsverwaltung und MRK, ÖJZ 1995, 251ff

Hartleb, Torsten, Der neue § 14 Abs 3 LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, NJW 2005, 1397ff

Hirsch, Burckhard, Einsatz der Bundeswehr in inneren Krisen, ZRP 2003, 378ff

Höfling, Wolfram, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, 857ff

Höfling, Wolfram / Augsberg, Steffen, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1080ff

Joseph, Sarah, Denouement of the Deaths on the Rock: the Right to Life of Terrorists, NQHR 1996, 5ff

Kersten, Jens, Die Tötung von Unbeteiligten - Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 Abs 3 LuftSiG, NVwZ 2005, 661ff

Kneihs, Benjamin, Das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 76ff

Ladiges, Manuel, Nochmals: Notwehr gegen Schwangere, JR 2007, 104ff

Ladiges, Manuel, Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 LuftSiG, ZIS 2008, 129ff

Machacek, Rudolf, Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ 1983, 453ff

Marschall, Karl, Grundsatzfragen der Schwangerschaftsunterbrechung im Hinblick auf die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte des Lebens, JBl 1972, 506ff

Mitsch, Wolfgang, Die Legalisierung staatlich angeordneter Tötung von Terror-Geiseln, Leviathan 2005, 279ff

Mitsch, Wolfgang, „Luftsicherheitsgesetz“ - die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001“, JR 2005, 274ff

Mitsch, Wolfgang, Notwehr gegen Schwangere, JR 2006, 450ff

Müller, Otto, Terrorismus und Menschenrechte, NetV 2004, 76ff

Pawlik, Michael, § 14 Abs 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, JZ 2004, 1045ff

Pestalozza, Christian, Inlandstötungen durch die Streitkräfte - Reformvorschlag aus ministeriellem Haus, NJW 2007, 492ff

Roellecke, Gerd, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, JZ 2006, 265ff

Rogall, Klaus, Ist der Abschuss gekappter Flugzeuge widerrechtlich?, NStZ 2008, 1ff

Rosenzweig, Wilhelm, Die Bedeutung der Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1978, S 467ff

Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs 3 LuftSiG, NJW 2006, 736ff

Schlag, Martin, Einige Überlegungen zur Struktur finaler Grundrechtsnormen, JBl 1991, 545ff

Sinn, Arndt, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 Abs 3 Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?, NStZ 2004, 585 ff

Sittard, Ulrich / Ulbrich, Martin, Das Luftsicherheitsgesetz, JuS 2005, 432ff

Spendel, Günter, Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht, RuP 2006, 129ff

Tucker, David, What is New about the new Terrorism and how dangerous is it? Terrorism and Political Violence 2001 Nr 13, 1ff

Tweedie, June / Ward, Tony, The Gibraltar Shootings and the Politics of Inquest, JLS 1989, 464ff

Welzel, Hans, Zum Notstandsproblem, ZStW 1951, 47ff

Westphal, Dietrich, Der finale Rettungsabschuss - ist das deutsche Luftsicherheitsgesetz verfassungsgemäß?, juridikum 2006, 138ff

Winkler, Daniela, Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes, NVwZ 2006, 536ff

Zeitungsberichte:

Darnstädt, Thomas, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, Der Spiegel Nr. 28 v 9.7.2007, 18ff

Kohl, Andreas, Zum Abschuss verpflichtet, Die Presse v 28.7.2007, 37

Kreß, Claus, in Darnstädt, Thomas, Der internationale Terrorismus verändert den Rechtsstaat, Der Spiegel Nr 28 v 9.7.2007, 18ff

Merkel, Reinhard, Wenn der Staat Unschuldige opfert, Die Zeit Nr 29 v 8.7.2004, 33ff

Zypries, Brigitte, Zu allem fähig, Die Zeit Nr 29 v 12.7.2004, 4

Parlamentarische Materialien:

Deutscher Bundestag, Gesetzesbeschluss, BR-Drs. 827/1/03 v 7.11.2003

Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von
Luftsicherheitsaufgaben, BT-Drs. 15/2361 v 14.1.2004

Deutscher Bundestag, 89. Sitzung, Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 15/89 v
30.1.2004

Deutscher Bundestag, BT-Innenausschuss-Prot., 15/35 v 26.4.2004

Verschiedenes:

Duden - Das große Fremdwörterbuch, CD-ROM, 4. Auflage, Mannheim 2007

Internetbeiträge:

Bin Laden, Interview auf al-Dschasira 1998,

<http://www.news.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2001/10/07/wbin07.xml>

(zuletzt abgerufen am 12.4.2006)

Felter, Joseph / Fishman, Brian, Al-Qa'ida's Foreign Fighters in Iraq: A First Look at the
Sinjar Records, <http://www.ctc.usma.edu/harmony/pdf/CTCForeignFighter.19.Dec07.pdf>

(zuletzt abgerufen am 1.7.2010)

Grimm, Dieter, Sicherheit geht immer auf Kosten der Freiheit, Die Zeit v. 17.8. 2006,

<http://www.zeit.de/2006/34/Interview-Grimm-neu?page=1> (zuletzt abgerufen am

12.8.2010)

Hujer, Telefonate vom Todesflug, 13.9.2001,

<http://www.sueddeutsche.de/politik/360/352192/text/> (zuletzt abgerufen am 7.6.2010)

Jahangier, Asma, Report of the Special Rapporteur, Civil and political rights, including the question of disappearances and summary executions, 18.12.2001,
http://www.ecoi.net/file_upload/ds21_02197tur.pdf (zuletzt abgerufen am 13.6.2010)

Ratifizierungsstatus der Vertragsstaaten der EMRK bezüglich der ZPEMRK
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSlg.asp?NT=187&CM=&DF=&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 14.1.2010)

Welan, Manfred, Über die Grundrechte und ihre Entwicklung in Österreich, ÖGL 2002,
http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/welan_grundrechte.pdf (zuletzt abgerufen am 12.8.2010)

C. Verzeichnis behandelter Entscheidungen

- EKMR, E 19.5.1976, **Brüggemann und Scheuten** gg Deutschland, Nr 6959/75
- EKMR, E 13.1.1993, **Kelly** gg. das Vereinigte Königreich, Nr 17579/90
- EKMR, E 13.05.1980, **Paton** gg das Vereinigte Königreich, Nr 8416/78
- EKMR, E 10.7.1984, **Stewart** gg das Vereinigte Königreich, Nr 10044/82
- EKMR, E 28.2.1983, **W.** gg. das Vereinigte Königreich, Nr 9348/81
-
- EGMR, U 27.2.2007, **Akpınar u. Altun** gg Türkei, Nr 56760/00
- EGMR, U 9.10.1997, **Andronicou und Constantinou** gg Zypern, Nr 25052/94
- EGMR, U 24.2.2005, **Bazayeva** gg Russland, Nr 57947/00
- EGMR, U 6.7.2005, **Brady** gegen das Vereinigte Königreich, Nr 43577/98
- EGMR, U 26.5.1993, **Brannigan** gg Irland, Nr 14553/89
- EGMR, U 20.3.2008, **Budayeva u.a.** gegen Russland, Nr 15339/02
- EGMR, U 17.01.2002, **Calvelli u. Ciglio** gg Italien, Nr 32967/96
- EGMR, U 08.01.2004, **Colak u. Filizer** gg. Türkei, Nr 32578/96
- EGMR, U 23.9.1998, **Demir u.a.** gg Türkei, Nr 21380/93
- EGMR, U 28.7.1998, **Ergi** gg Türkei, Nr 23818/94
- EKMR, U 11.12.1982, **Farrell** gg das Vereinigte Königreich, Nr 9013/80
- EGMR, U 30.08.1990, **Fox, Campbell u. Hartley** gg das Vereinigte Königreich, Nr 12244/86
- EGMR, U 8.11.2005, **Gongadze** gegen die Ukraine, Nr 34056/02
- EGMR, U 6.11.1980, **Guzzardi** gg Italien, Nr 7367/76
- EGMR, U 19.5.1992, **H.** gg Norwegen, Nr 17004/90
- EGMR, U 04.05.2001, **Jordan** gg das Vereinigte Königreich, Nr 24746/94
- EGMR, U 24.2.2005, **Isayeva, Yusupova** gg Russland, Nr 57947/00 und 57948/00
- EGMR, U 6.9.1978, **Klass u.a.** gg Deutschland, Nr 5029/71
- EGMR, U 24.4.1990, **Kruslin und Huvic** gg Frankreich, Nr 7/1989/167/223 und 4/1989/164/220
- EGMR, U 9.6.1998, **L.C.B.** gg das Vereinigte Königreich, Nr 23413/94
- EGMR, U 1.7.1961, **Lawless** gg Irland, Nr 332/57
- EGMR, U 8.1.2009, **Leonidis** gegen Griechenland, Nr 43326/05
- EGMR, U 23.3.1995, **Loizidou** gg Türkei, Nr 15318/89

- EGMR, U 26.5.1993, **MacBride** gg Irland, Nr 14554/89
- EGMR, U 13.6.1979, **Marckx** gg Belgien, Nr 6833/74
- EGMR, U 20.12.2004, **Makaratzis** gg Griechenland, Nr 50385/99
- EGMR, U 27.9.1995, **McCann u.a.** gg das Vereinigte Königreich, Nr 18984/91
- EGMR, U 20.5.1999, **Ogur** gg Türkei, Nr 21554/93
- EGMR, U 28.10.1998, **Osman** gg das Vereinigte Königreich, Nr 23452/94
- EGMR, U 12.3.2003, **Öcalan** gg Türkei, Nr 46221
- EGMR, U 29.04.2002, **Pretty** gg das Vereinigte Königreich, Nr 2346/02
- EGMR, U 28.7.1999, **Selmouni** gg Frankreich, Nr 25803/94
- EGMR, U 7.7.1989, **Soering** gg das Vereinigte Königreich, Nr 14038/88
- EGMR, U 22.3.2001, **Streletz, Kessler, Krenz&K.-H. W.** gg Deutschland, Nr 34044/96
- EGMR, U 27.8.1992, **Tomasi** gg Frankreich, Nr 27/1991/279/350
- EGMR, U 25.4.1978, **Tyrer** gg das Vereinigte Königreich, Nr 5856/72
- EGMR, U 4.5.2001, **Velikova** gg Bulgarien, Nr 41488/98
- EGMR, U 8.7.2004, **Vo** gg Frankreich, Nr 53924/00
- EGMR, U 29.6.2006, **Weber und Saravia** gg Deutschland, Nr 54934/00
-
- MRA, E 20.10.2003, **Judge** gg Canada, Communication Nr 829/1998
-
- dBVerfG, U 15.12.1970, „**Abhörurteil**“, 1 BvF 1/69
- dBVerfG, U 3.3.2004, „**Lauschangriff**“, 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99
- dBVerfG, U 15.2.2006, „**Luftsicherheitsgesetz**“, 1 BvR 357/05
- dBVerfG, U 16.10.1977, „**Schleyer**“, 1 BvQ 5/77
- dBVerfG, U 25.2.1975, „**Schwangerschaftsabbruch**“, 1 BvF 1/64
-
- VfGH, Erk 10.12.1997, „**Treibjagd**“, B 4127/96
-
- OGH, E 6.9.2007, „**Schwarzfahrer**“, 15 OS 71/07s

D. Abstract

Der scheinbar überraschende Einbruch des Terrorismus in Europa löste eine Welle von gesetzlichen Schutzmaßnahmen aus. Im Namen der Sicherheit wurden dem Staat Befugnisse übertragen, welche es ihm ermöglichten, unter gewissen Umständen in die Grundrechte und Grundfreiheiten seiner Bürger einzugreifen. Art 2 EMRK ist hierbei keine Ausnahme. Der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt auf Eingriffen des Staates in Art 2 EMRK iZm der Terrorismusbekämpfung. Nach einer gründlichen Kommentierung des Art 2 und einer überblickshaften Darstellung des Phänomens Terrorismus werden die Fallkonstellationen

- Tötung mutmaßlicher Terroristen
- Grenzen der positiven Schutzpflicht des Staates, Schutz der Bürger vor Terrorismus, Schutz der Terrorismussympathisanten
- Tötung von Zivilpersonen im Zuge antiterroristischer Operationen

an Hand der Rsp des EGMR besprochen. Dabei werden nicht nur Entwicklungen in der Rsp, sondern auch in Form von Gegenüberstellungen Unterschiede zu der Rsp in vergleichbaren Beschwerden ohne terroristischen Hintergrund herausgearbeitet.

Besonderes Augenmerk wird auf die drastischste Fallkonstellation gelegt, nämlich jene, in der sog innocent bystanders getötet werden, um das Leben anderer vor terroristischen Angriffen zu retten. Als bedeutendes Beispiel hier das deutsche Luftsicherheitsgesetz. Das dBVerfG erklärte das dLuftSiG für nichtig, da es gegen das Recht auf Leben und die Menschenwürde verstoße. Unter Berücksichtigung der Argumentationsweise des dBVerfG und der Literatur zu diesem Urteil wird das dLuftSiG am Prüfungsmaßstab des Art 2 EMRK beurteilt. Basis und gleichzeitig auch Diskussionspunkt ist die in der Lehre derzeit anerkannte Meinung, dass das Rechtsgut Leben einen unaufwiegbaren Höchstwert besitzt und daher nie aus quantitativen oder qualitativen Überlegungen verletzt werden darf. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich Bedeutung, Anwendung und Auslegung des Art 2 EMRK angesichts des neuen Bedrohungsszenarios „Terrorismus“ verändert hat und / oder verändern wird: Leben gegen Leben, Schutzpflicht des Staates gegen das Recht auf Leben eines jeden Einzelnen. Wie ist ein solcher Eingriff als ein gesetzmäßiger zu rechtfertigen bzw kann ein solcher Eingriff überhaupt gerechtfertigt werden, ja vielleicht

sogar geboten sein? Unter zu Hilfe nahme der nach der Rsp des EGMR gebotenen dynamischen Interpretation der EMRK wird schließlich versucht, eine Lösung für diesen Konflikt vorzuschlagen.

E. Curriculum Vitae

Ausbildung:

1986 – 1990	Volkschule in Wien 2., Kleine Sperlgasse
1990 – 1992	Gymnasium in Wien 2., Kleine Sperlgasse
1992 – 1998	Akademisches Gymnasium in Wien 1.
1998 – 2005	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
11/2005	Sponson als Magistra juris
01/2006 – 03/2006	Gerichtspraxis, Straflandesgericht Wien
04/2006 – 06/2006	Gerichtspraxis, Bezirksgericht Donaustadt
10/2006 – 10/2006	Gerichtspraxis, Bezirksgericht Donaustadt
11/2006 – 12/2006	Gerichtspraxis, Arbeits- und Sozialgericht Wien
01/2007 – 03/2007	Verlängerung der Gerichtspraxis, Bezirksgericht Leopoldstadt
11/2008	Abschluss der Schwerpunktausbildung Strafjustiz und Kriminalwissenschaften
11/2005 -	Doktoratsstudium im Fachgebiet Grund- und Menschenrechte, am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte über das Thema „Lebensrecht des Einzelnen im Spannungsverhältnis zur Schutzpflicht des Staates iS des Art 2 EMRK am Beispiel der Terrorismusbekämpfung“

Berufspraxis:

2002 – 2004	Rechtsanwaltskanzlei Neudorfer
02/2008 - 10/2008	lexunited – online information system GmbH
09/2008 - 06/2009	Gewählte Referentin für Menschenrechte und Gesellschaftspolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft - Bundesvertretung
11/2008 - 07/2009	Verwaltungspraktikum beim Österreichischen Wissenschaftsrat
08/2009 - 10/2009	Volontariat am Österreichischen Generalkonsulat Los Angeles

Wien, im Oktober 2010