

Domenico Siciliano

Governance im luftleeren Raum

Erosion des Rechtsstaates durch transnationale Netzwerke – Ein Vergleich zwischen Deutschland und Italien¹

Es gibt eine NATO-Richtlinie, das »Renegade Concept«, die den Fall des Abschusses eines Passagierflugzeuges regelt, das von Terroristen gekapert worden ist. Die italienische Regierung unter Berlusconi hat im April 2004 das »Renegade Concept« durch einen nicht veröffentlichten Verwaltungsakt in die italienische Rechtsordnung implementiert. Dies wirft ein neues Licht auf die Entstehungsgeschichte des deutschen Luftsicherheitsgesetzes. Das deutsche Luftsicherheitsgesetz und der italienische Verwaltungsakt von 2004 scheinen die Umsetzung derselben NATO-Richtlinie zu sein. Internationale Organisationen wie die NATO können also strategisch vom strukturell mangelnden Beobachtungspotential nationaler Rechtsordnungen (und nationaler »Rechtswissenschaften«) profitieren. Es kann damit im internationalen Recht im Anschluss an Martti Koskeniemi's Governance-Kritik eine Regierungsart beobachtet werden, die quer durch die nationalen Rechtsordnungen auf Entformalisierung, Fragmentation und Empire abstellt.

In der seit langem andauernden Debatte über das Luftsicherheitsgesetz in der deutschen Öffentlichkeit galt stillschweigend bis dato, dass es sich um eine nationale Frage handle. Dass aber nicht nur das deutsche Recht, sondern auch andere Rechtssysteme mit den Herausforderungen des internationalen Terrorismus konfrontiert sind, sollte nicht überraschen. Wirft man einen Blick über den »nationalen Tellerrand« und schaut man sich die Lage in Europa an, lassen sich die Spuren des transnationalen Aufbaus politisch-militärischer Dispositive und Regelungen für den Abschuss entführter Passagierflugzeuge auf intergouvernementaler Ebene verfolgen. Die Frage nach dem Luftsicherheitsgesetz scheint nicht nur eine Frage der »tragic choices« (Calabresi/ Bobbitt), sondern auch eine Frage der demokratischen Kontrolle der transnationalen politisch-militärischen Netzwerke in Europa, insbesondere des Netzwerkes der NATO zu sein. Auf dieses Netzwerk kann auch die deutsche Regelung des Luftsicherheitsgesetzes zurückgeführt werden.

In diesem Zusammenhang ist die Regelung des italienischen Rechtssystems für den Abschuss von zivilen Flugzeugen, die von Terroristen gekapert worden sind, sehr aufschlussreich. Ähnlich wie Deutschland gehört Italien sowohl der Europäischen Union als auch dem Transatlantischen Bündnis, der NATO, an. Die italienische Regierung hat im April 2004 unter der Mitte-Rechts-Regierung des damaligen Ministerpräsidenten Silvio Berlusconi die lebenswichtige Frage des Abschusses von Passagierflugzeugen, die von Terroristen gekapert worden sind, durch einen klassifizierten Verwaltungsakt (Decreto del presidente del

¹ Marina Melber, Thomas Höhne, Cecilia Corsi, Henok Tsehaye und Dirk Fabricius haben eine frühere Fassung des Manuskripts gelesen und wichtige Hinweise und Tipps gegeben. Ihnen gilt mein Dank.

Consiglio dei Ministri: D. P. C. M.) geregelt. Die Existenz dieser Regelung wurde, wie vorher unter Berlusconi, auch von der Nachfolgeregierung des Mitte-Links Bündnisses von Romano Prodi geheimgehalten. Erst eine Anfrage der Abgeordneten der Grünen, Tana De Zulueta, im Verteidigungsausschuss des Abgeordnetenhauses veranlasste die Regierung Prodi, sie bekanntzugeben.² Laut der Stellungnahme der italienischen Regierung³ ist die Regelung das Ergebnis der Implementation und Integration einer NATO-Richtlinie, der sog. Richtlinie MCM-062-02 auf nationaler Ebene. Diese NATO-Richtlinie beinhaltet das sog. »Renegade Concept«. Dieses Konzept sieht unter anderem »die Merkmale eines zivilen Flugzeugs, das als Waffe zur Durchführung von Terrorangriffen eingesetzt wird« (die Merkmale, aufgrund derer ein Flugzeug als »Renegade« eingestuft werden kann) und die sog. »allgemeinen Vorgaben« (»linee guida«) vor, denen man jeweils bei »Krisensituationen« folgen muss.⁴ Insbesondere die Kriterien und die Verfahren, deren Einhaltung den Abschuss eines Passagierflugzeuges legitimiert, gehören zur Kompetenz der Exekutive. Die Entscheidung über den Abschuss des Flugzeuges könne nur von einer sog. »Autorità nazionale governativa« getroffen werden, deren Struktur durch den Ministerpräsidenten Berlusconi mit seiner klassifizierten Akte vom April 2004 festgelegt worden sei. Es ist nach wie vor nicht klar, welchen Personen und Amtsträgern diese Autorität zuerkannt wird. Insbesondere die Reaktion auf einen Alarm, der im italienischen Luftraum nach der Entführung eines türkischen Passagierflugzeuges durch einen türkischen Einzeltäter im Oktober 2006 ausgelöst wurde,⁵ zeigt plausibel, dass es sich um eine Struktur handeln muss, die der des deutschen Luftsicherheitsgesetzes durchaus ähnlich ist, kurz: dass die italienische »Autorità Governativa« aus dem Verteidigungsminister und aus einem politischen Vertreter, wahrscheinlich einem Sottosegretario (= Staatssekretär), besteht. An dieser Stelle kann zweierlei beobachtet werden. *Erstens*: Der italienische geheime Verwaltungsakt bewegt sich in einer Art »rechtsfreiem Raum«, der auf mangelnde Implementation der Verfassung zurückzuführen ist. *Zweitens*: Die Berücksichtigung der italienischen Lage lässt ohne Weiteres die Vermutung zu, dass der italienische geheime Verwaltungsakt vom April 2004 und das deutsche Luftsicherheitsgesetz von Januar 2005 bzw. dessen Entwürfe im Bundesrat vom 7. November 2003 und im Bundestag vom 14. Januar 2004 das Ergebnis der Implementation *desselben* Konzeptes der Nato auf nationaler Ebene, nämlich des »Renegade Concepts« sind. Zu diesen zwei Themenbereichen komme ich nacheinander in den folgenden Teilen (sub I. und II.).

I.

Im Vergleich zum deutschen Verfassungsrecht sind die verfassungsrechtlichen Konturen der Regelungen zur Eingriffsermächtigung der Streitkräfte im italienischen Recht schwerer zu erkennen. *Zum einen* ist in der italienischen Verfassung

² Camera dei Deputati, Atti parlamentari, Allegato B ai resoconti, seduta del 13 novembre 2007, 9325 f.

³ Resoconto della IV Commissione permanente (Difesa), 14. November 2007, 111 ff. Dazu eingehend D. Siciliano, »Non si possono fare con una scavatrice tenere carezze«. Sulla giustificazione dell'uso della forza militare contro aerei civili – in »Politica del diritto«, 2/2008, giugno 2008, 353 ff. und ders., »L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto. La situazione italiana e quella della Repubblica federale«, in: *Questione giustizia* 4/2008, 173 ff.

⁴ Vgl. Camera dei deputati, Commissione Difesa, Resoconto del 14 novembre 2007, Interrogazione 5-01751 Allegato 3, Testo della risposta, 117.

⁵ Siehe La Stampa, 4 ottobre 2006, 7: »Questo biglietto lo Papa o l'aereo salta«.

keine ausdrückliche Regelung der heiklen Frage des Ausnahmezustandes und des Einsatzes der Streitkräfte im Inneren gegen Aufständische oder zur Bewältigung von regionalen oder überregionalen Notständen enthalten.⁶ Die italienische »Wehrverfassung« ist nicht besonders ausdifferenziert. Art. 52 Abs. 1 it. Verf. besagt, dass »die Verteidigung der Heimat eine heilige Pflicht für den Bürger [ist]«. (»la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino«). Art. 52 Abs. 3 it. Verf. fügt hinzu, dass die Ordnung der Streitkräfte »dem demokratischen Geist der Republik [entspricht]«. Diese Kargheit kann dadurch erklärt werden, dass der italienische Verfassungsgeber von 1947 vor allem den Kriegseinsatz, und zwar den Angriffskrieg, vor Augen hatte, den es prinzipiell zu vermeiden galt. Dementsprechend findet sich in Art. 11 erster Satz der italienischen Verfassung eine klare Ablehnung des Krieges »als Mittel zur Verletzung der Freiheit der anderen Völker und als Lösung der internationalen Streitigkeiten« (Art. 11 erster Satz: »Italien lehnt den Krieg als Mittel zur Verletzung der Freiheit der anderen Völker und als Lösung der internationalen Streitigkeiten ab«). Setzt man Art. 11 erster Satz mit Art. 52 Abs. 1 it. Verf. in Verbindung, dann lässt sich nur ein *Verteidigungskrieg* als verfassungsgemäß ansehen.⁷ Dieses materielle Erfordernis ist aber nach der italienischen Verfassung nicht ausreichend. Die italienische Verfassung stellt mit großem Nachdruck die Frage nach der Organzuständigkeit für den Beschluss des Kriegszustandes und die Erklärung des Kriegs. Die absolute Brisanz der Entscheidung für einen Krieg, der weder eine Verletzung der Freiheit anderer Völker bzw. einen Angriffskrieg noch ein Mittel zur Lösung von Streitigkeiten auf internationaler Ebene oder eine Clausewitz'sche Verlängerung der Politik darstellt, bringt Art. 78 it. Verf. in zweierlei Hinsicht zum Ausdruck. *Zum einen* wird der Krieg (nur) durch die beiden Kammern, Camera dei Deputati und Senato della Repubblica, *beschlossen* und vom Präsidenten der Republik im Anschluss darauf *erklärt*. *Zum zweiten* erteilen immer die beiden Kammern der Regierung die notwendigen Befugnisse für den Krieg. Damit bekennt sich die italienische Verfassung aufgrund der Erfahrung des 1940 eklatant ungerechtfertigt begonnenen Angriffskrieges zu einem klaren Rechtspazifismus bzw. zu einem »diritto alla pace«.⁸ Dieser sieht erstens prinzipiell nur einen Verteidigungskrieg vor, der zweitens (nur) durch das Parlament, Ausdruck der souveränen Macht des Volkes (Art. 1 Abs. 2 it. Verf.: »Die Souveränität gehört dem Volke, das sie mit den Formen und den Einschränkungen der Verfassung ausübt«) beschlossen werden darf; darüber hinaus ist drittens das Parlament insoweit souverän, dass es der Regierung die Kriegsbefugnis erteilt. Die

6 Vgl. Giovanni Motzo, Assedio (stato di), in: Enciclopedia del diritto, III, 1958, 250 ff., 258 ff., insb. 260: »Im Ergebnis wurde in der Verfassung kein genauer Hinweis auf die Belagerung, auf den inneren Notstand und auf die Kompetenz der Organe eingeführt, die für die Erklärung verantwortlich sind«. Zu der Diskussion im Verfassungskonvent bzw. in den jeweiligen Unterausschüssen siehe Motzo, Assedio, 258 ff.

7 Exemplarisch zuletzt: Lorenza Carlassare, Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari, in: Natalino Ronzitti (Hrsg.), NATO, Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana, Milano 2000, 157 ff. 158 f., 159; mit Hinweis auf die italienische Teilnahme am Krieg in Afghanistan siehe Claudio Fiore, L'intervento militare in Afghanistan. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale, in: Politica del diritto, 1/2002, 79 ff., 91; vgl. auch Letizia Gianformaggio, Diritti umani e guerra, in: Mario Dogliani/Stefano Sicardi (Hrsg.), Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale, Torino 1999, 59 ff., 61 ff. und Paolo Barile, Chi decide la guerra, in: La Repubblica, 16 novembre 1990, wiederabgedruckt in: ders., Libertà, Giustizia, Costituzione, Padova 1993, 253 ff., 253. Für einen Überblick siehe Roberto Bin, Art. 11, in: Vezio Crisafulli/ Livio Paladin (Hrsg.), Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990, I und II; Marta Cartabia/Lorenzo Chieffi, Art. 11, in: Raffaele Bifulco/Alfonso Celotto/Marco Olivetti (Hrsg.), Commentario alla Costituzione, Vol. I, Art. 1-54, Torino 2006, 263 ff.; A. Cossiri, Art. 11, in: Sergio Bartole/Roberto Bin (Hrsg.), Commentario breve alla Costituzione, 2. Auflage, Padova 2008, I und II.

8 Siehe Paolo Barile/Enzo Cheli/Stefano Grassi, Istituzioni di diritto pubblico, Padova 2007, 202.

Regierungsbefugnisse in puncto Krieg sind also vom Parlament abgeleitet. Zur weiteren Kontrolle der Regierung sieht Art. 87 Abs. 1 und 9 it. Verf. den Präsidenten vor, da er und nicht die Regierung den Krieg erklären darf, den das Parlament beschlossen hat.⁹

Dieses verfassungsrechtliche Korsett zur Einhegung des (Verteidigungs-)Krieges wurde von der italienischen Regierung in den letzten 30 Jahren durch eine neutralisierende Praxis desavouiert, die auf das kriegsfreundlichere Regime der internationalen Beziehungen abstellt. Eine solche Praxis der italienischen Regierung fand in der Literatur durch eine wichtige Mindermeinung Nachhall. Der verfassungsrechtliche Knoten für eine solche Operation wurde im Art. 11 zweiter Satz der italienischen Verfassung gefunden, der dem ersten Satz desselben Artikels gegenübergestellt wurde.¹⁰ Dieser besagt, dass Italien »in wechselseitiger Anerkennung mit den anderen Staaten die Beschränkungen der eigenen Souveränität zugesteht, die notwendig für eine Rechtsordnung sind, die den Frieden und die Gerechtigkeit zwischen den Nationen gewährt; [Italien] fördert und bevorzugt die internationalen Organisationen, die diesen Zweck verfolgen«. Gerade aufgrund des Ventilbegriffes des Art. 11 zweiter Satz it. Verf. wird das Regime eines auf Krieg/Sicherheit orientierten internationalen Rechts und der internationalen Beziehungen zunehmend gegenüber dem Regime der rechtspazifistischen italienischen Verfassung geltend gemacht. Dieses Regime regelt jetzt nicht mehr den obsoleten, nie erklärten Krieg, sondern den viel »modernerem«, sog. »conflitto armato«,¹¹ d.h. den »invio di forze armate all'estero«, also den »Einsatz der Streitkräfte«, der implizit keinen (echten) Krieg darstellt. Für diesen sei in der Verfassung kein *Procedere* vorgesehen. Die rechtliche Grundlage *auf nationaler und lokaler Ebene* wird somit aufgrund des angeblichen Schweigens des Verfassungsgebers nun auf der niedrigeren Ebene des Gesetzes, wenn nicht sogar der parlamentarischen Beschlüsse und der Praxis geschaffen.¹² Für die Fälle, die implizit keinen Kriegsfall darstellen, sollte eigentlich seit 1997 ein Verfahren gelten, das im Rahmen der Trias Regierung/Consiglio supremo di difesa und Parlament die Entscheidungen von italienischen Streitkräften ins Ausland legitimieren sollte. Art. 1 Abs. 1 lit. a des Gesetzes Nr. 25 vom 18. Februar 1997 besagt, dass der Verteidigungsminister der Verantwortliche für die »militärische und zivile Verwaltung der Verteidigung« ist. Er sei befugt dazu, »die Beschlüsse über das Thema der Verteidigung und der Sicherheit ... [durchzusetzen], die von der Regierung getroffen, der Prüfung des Consiglio supremo di difesa gelegt, und vom Parlament verabschiedet worden sind«. Damit wird ein Verfahren entworfen, das ein Mitentscheidungsrecht des Parlaments und ein »Überprüfungsrecht« des Consiglio supremo di difesa vorsieht.¹³

9 »[Der Präsident der Republik] hat den obersten Befehl über die Streitkräfte, ist Vorsitzender des Consiglio supremo di difesa, das gemäß des Gesetzes verfasst ist, und erklärt den Kriegszustand, den die Camere beschlossen haben«.

10 Exemplarisch Giuseppe De Vergottini, *La Costituzione e l'intervento Nato nell'ex Jugoslavia*, in: *Quaderni costituzionali*, 1999, 122 ff.; ders., *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna 2004, 10, 64 ff.

11 Exemplarisch Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 2006, 99 ff.

12 Vgl. Andrea Baldanza, *Diritto militare e principi costituzionali*, in: Vito Poli/ Vito Tenore (Hrsg.), *L'ordinamento militare*, Vol. I, Milano 2006, 1 ff., 54 ff.

13 In diesem Sinne Paolo Carnevale, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti tra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del Golfo persico, Kosovo e Afghanistan*, in: *Diritto e società*, 1/2003, 103 ff., 106: »Potere di decisione a Governo e Parlamento, congiuntamente a una potestà di osservazione assegnata al Consiglio supremo di difesa«.

Selbst die Regelung dieses Gesetzes wurde von der Regierung nicht immer befolgt. Einen schwerwiegenden Fall stellten die Entscheidungen der italienischen Regierung (1998 und 1999, also nach Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung) über die italienische Teilnahme am Krieg gegen die Jugoslawische Föderation dar. In diesem Falle wurde die Entscheidung vom 12. Oktober 1998, dem »ordine di attivazione« der NATO zu gehorchen, von der italienischen Regierung Prodi doch eigenmächtig getroffen, ohne auf eine Entscheidung des Parlaments zu warten.¹⁴ Die verfassungsrechtlichen Bedenken wogen in diesem Falle noch dadurch schwerer, dass die Regierung vor dieser Entscheidung vom Parlament abgewählt worden war und deswegen nur zur »ordentlichen Verwaltung« (»ordinaria amministrazione«) befugt war. Erst danach und nach dem Anfang der Bombenangriffe auf Serbien verabschiedete die Regierung D'Alema eine Gesetzesverordnung (»decreto legge«) n. 110 vom 21. April 1999 zur Rechtfertigung des Einsatzes, und erst am 18. Juni 1999 folgte die Zustimmung des Parlaments.¹⁵ Die Reflexion über das Scheitern des Gesetzes von 1997 im Falle des Kosovo-Krieges brachte dann den IV. Ausschuss der Camera dei Deputati dazu, einen Entschluss (= risoluzione) n. 7-01007¹⁶ zu verabschieden. Diese verpflichtete die Regierung zu einer Prozeduralisierung, die sehr ähnlich der Prozeduralisierung des Gesetzes von 1997 war. Im Ergebnis liefern das Gesetz von 1997 und der Entschluss von 2001 die normative Grundlage für die Entscheidungen der italienischen Streitkräfte ins Ausland,¹⁷ obwohl die Praxis der italienischen Regierung ganz anders aussieht.

Ein ähnliches Vorgehen wurde parallel auf der Ebene des Einsatzes des Militärs *im Inneren* praktiziert. Hier hat sich nicht zuletzt aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung eine Logik des zunehmend sich ausweitenden Notstandes bzw. Ausnahmezustandes durchgesetzt. Die rechtlichen Grundlagen wurden nicht auf der verfassungsrechtlichen, sondern auf der legislativen Ebene geliefert. 1992, nach den verheerenden Anschlägen in Sizilien auf die beiden Richter Giovanni Falcone und Paolo Borsellino, entschied die italienische Regierung, gegen die Organisierte Kriminalität und die sog. Mafia in Sizilien unter anderem auch die Armee in der sog. Operation »Vespri Siciliani« einzusetzen. Die rechtliche Grundlage wurde qua Gesetzesverordnung der Regierung, des D. L. 25 Juli 1992 n. 349 »Dringende Maßnahme zur Auseinandersetzung mit der Organisierten Kriminalität in Sizilien«¹⁸ geliefert, die dann vom Parlament mit Änderungen gebilligt wurde.¹⁹ Aufgrund dieser Verordnung durften die Streitkräfte unter Umständen in Sizilien Sicherheitsfunktionen (z.B.: Art. 1 Abs. 2: identificazione e immediata perquisizione »a norma dell'articolo 4

14 Kritisch dazu Carnevale, Il ruolo del Parlamento, in: Diritto e società, 1/2003, 103 ff., 120; von »prozeduralen Anomalien« spricht Giulia Pili, »Costituzione della Difesa« e difesa della Costituzione. Il controllo politico sull'uso delle Forze Armate, in: Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2005, 29 ff., 46 f.; siehe auch Filippo Vari, La »vecchia« Costituzione e la »nuova« guerra: breve analisi della »crisi del Kosovo«, in: Mario Dogliani/ Stefano Sicardi (Fn. 7), 116 ff., 128 ff.

15 Vari verweist darauf, dass die Gesetzesverordnung der Regierung nur die humanitäre Komponente des Einsatzes und weder die Zulassung des amerikanischen bzw. des NATO Einsatzes der italienischen Stützpunkte für die Bombenangriffe auf Serbien noch den direkten Eingriff durch italienische Bomberflieger abdeckte. Aus diesem Grunde habe es sich um eine Teilnahme gehandelt, die »ausschließlich faktisch« (»esclusivamente sul piano di fatto«) stattgefunden habe. Vari (Fn. 14), 133. Für eine grundlegende Kritik des Krieges gegen Serbien siehe Danilo Zolo, Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale, Torino 2000.

16 Siehe IV commissione permanente (Difesa), Martedì 16 dicembre 2001, 33 ff., 40 ff.

17 Eingehend dazu Giulia Pili, Costituzione della Difesa, in: Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2005, 29 ff., 44 f.

18 Misure urgenti per contrastare la criminalità organizzata in Sicilia, in: Gazzetta Ufficiale Nr. 174 vom 25. Juli 1992.

19 Gesetz Nr. 386 in: Gazzetta Ufficiale Nr. 224 vom 23. September 2008.

della legge 22 maggio 1975, anche al fine di prevenire o impedire comportamenti che possono mettere in pericolo l'incolumità di persone o la sicurezza dei luoghi o delle infrastrutture vigilati») zur Verstärkung der Polizei übernehmen. Befehlsinhaber war hier der Prefetto, ein Regierungsbeamter, der prinzipiell mit Kontrollbefugnissen der jeweiligen lokalen Verwaltungen ausgestattet ist. Die Verordnung wurde auf sechs Monate bzw. bis zum 31. Dezember 1992 befristet, mit dem Hinweis, dass sie noch einmal für eine Zeit von sechs Monaten hätte verlängert werden können (Art. 2). Dies hinderte den italienischen Gesetzgeber aber nicht daran, sich über diese vorgesehene zeitliche Befristung hinwegzusetzen. Die Verordnung wurde durch weitere Notmaßnahmen bzw. Notgesetze auf Kalabrien und die Provinz Neapel ausgedehnt und bis zum 31. Dezember 1995 für Kalabrien und sogar bis zum 30. Juni 1998 (d.h. sechs Jahre lang!) für Sizilien und die Provinz Neapel verlängert.²⁰ Hinzu kamen weitere Einsätze des Militärs mit Polizeifunktionen im Inneren.²¹ 1997, 2000 und 2001 wurden drei wichtige Gesetze verabschiedet. Das Gesetz Nr. 25 vom 18. Februar 1997²² regelte unter anderem die Zuständigkeiten des Verteidigungsministers und des Capo di Stato maggiore della Difesa. Das Gesetz Nr. 331 vom 14. November 2000²³ legte in seinem Art. 1 die Aufgaben der Streitkräfte fest.²⁴ Unter anderem wies Art. 1 Abs. 3 des Gesetzes darauf hin, dass die Hauptaufgabe der Streitkräfte in der »Verteidigung des Staates« (»difesa dello Stato«) besteht. Art. 1 Abs. 4 fügte darüber hinaus hinzu, dass die Streitkräfte auch »die Aufgabe [haben], zum Zwecke der Realisierung des Friedens und der *Sicherheit* gemäß den Regeln des Völkerrechts *und den Beschlüssen der internationalen Organisationen* zu handeln, *zu denen Italien gehört*«. ²⁵ Art. 1 Abs. 5 stellte insbesondere fest, dass die Streitkräfte »an dem Schutz der freien Institutionen teilnehmen und besondere Aufgaben nach öffentlichen Unglücken und in anderen Fällen von außerordentlicher Not und Dringlichkeit übernehmen«.

Art. 18 vom Gesetz Nr. 128 vom 26. März 2001 regelte den subsidiären Einsatz der Streitkräfte in bestimmten Notfällen zur Hilfe der Polizei bei der Überwachung und der Kontrolle von »obiettivi fissi, quali edifici istituzionali ed altri di interesse pubblico«. Zu einer weiteren Verwischung der Grenzen zwischen Polizei und polizeilichen Aufgaben auf der einen Seite und den Streitkräften und Verteidigungsaufgaben auf der anderen Seite hat zuletzt die Regierung Berlusconi beigetragen. Art. 7-bis des Gesetzes Nr. 125 vom 24. Juli 2008²⁶ sieht wiederum den Einsatz der Streitkräfte mit der Übernahme von »funzioni di agente di pubblica sicurezza«, d.h. von polizeilichen Funktionen (Art. 7-bis Abs. 1 und 3) »zu besonderen und außerordentlichen Bedürfnissen der Prävention der Kriminalität vor, falls eine zunehmende Kontrolle des Territoriums angebracht ist« (Art. 7-bis Abs. 1).

²⁰ Siehe näher dazu Giuseppe Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003, 494.

²¹ Und zwar die sog. *Operazione »Salento«* gegen die organisierte Kriminalität in Apulien gemäß Gesetzesverordnung Nr. 152 vom 2. Mai 1995; die sog. *Operazione »testuggine«* an der Grenze zu Slowenien vom 16. August 1993 bis zum 28. Februar 1995. Siehe im einzelnen dazu unter www.esercito.difesa.it.

²² »Attribuzioni del Ministro della Difesa, ristrutturazione dei vertici delle Forze Armate e dell'Amministrazione della Difesa«, in: *Gazzetta Ufficiale* Nr. 45 vom 24. Februar 1997.

²³ »Norme per l'istituzione del servizio militare professionale«, in: *Gazzetta Ufficiale* Nr. 269 vom 17. November 2000.

²⁴ Art. 1 (Aufgaben der Streitkräfte) 1. Die Streitkräfte sind im Dienst der Republik; 2. Die Ordnung und das Handeln der Streitkräfte entsprechen Art. 11 und 52 der Verfassung und dem Gesetz. 3. Hauptaufgabe der Streitkräfte ist die Verteidigung des Staates. 4. Die Streitkräfte haben unter anderem die Aufgabe, zum Zwecke der Realisierung des Friedens und der Sicherheit gemäß den Regeln des Völkerrechts und den Beschlüssen der internationalen Organisationen zu handeln, zu denen Italien gehört. [...]«.

²⁵ Hervorhebungen des Verfassers.

²⁶ »Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica«, in: *Gazzetta Ufficiale* Nr. 173 vom 25. Juli 2008.

Es stellt sich aber die Frage, ob diese Regelungen für den Fall des Abschusses des durch Terroristen entführten Passagierflugzeuges überhaupt in Betracht kommen. Die Antwort hierzu ist negativ. Ein Abschuss durch das Militär lässt sich nicht durch die hier erwähnten Gesetze rechtfertigen. Insbesondere ist eine Rechtfertigung durch Art. 1 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 331 vom 14. November 2000 abzulehnen. *Zum einen* verpflichtet Art. 52 Abs. 3 it. Verf. die italienischen Streitkräfte zum »demokratischen Geist der Republik«. Eine geheime Verordnung, die über das Leben der eigenen Bürger (und auch der Bürger anderer Staaten!) verfügt, ist mit dem Demokratie-Prinzip einer parlamentarischen *Republik*, in der das Volk souverän ist (Art. 1 it. Verf.), schwer in Einklang zu bringen. *Zum zweiten* ist die Kompetenz der Streitkräfte zum Einsatz *mit militärischen Waffen* wie einem Jagdflugzeug gegen terroristische Anschläge im Inneren unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts in jedem Fall zu bestreiten. *Einerseits* kann auch in der italienischen Verfassung eine strukturelle Differenz zwischen *Verteidigung* (= *Streitkräfte*) und *Sicherheit* (= *Polizei*) angesehen werden, die von der Unterscheidung nicht entfernt ist, die das Bundesverfassungsgericht 2006 in seinem Urteil über das Luftsicherheitsgesetz markiert hat. So unterscheidet Art. 117 Abs. 2 lit. d it. Verf. bei der Auflistung der Staatskompetenzen die Regelungsgebiete und Materien der »Verteidigung« (»difesa«) und der »Streitkräfte« (»Forze armate«) sowie der »Sicherheit des Staates« (»sicurezza dello Stato«) und die Funktionen und Materien der »öffentlichen Ordnung und Sicherheit« (»ordine pubblico e sicurezza«). Die »Streitkräfte« werden mit der Funktion der »Verteidigung« diskursiv explizit verschränkt. Dagegen bleibt die Funktion der »öffentlichen Ordnung und Sicherheit« implizit der Polizei vorbehalten. Damit spiegelt die Verfassung gerade die »klassischen« Funktionen und Kompetenzen wieder, die jeweils den Streitkräften und der Polizei zugeschrieben werden. Das Militär kann Polizei- und Sicherheitsfunktionen nur hilfsweise und subsidiär und immer nur mit *nicht militärischen* bzw. *polizeilichen* Mitteln übernehmen. *Andererseits* kann ein Argument ex Art. 11 erster Satz it. Verf. geltend gemacht werden. Die italienische Republik lehnt »ripudia« den Krieg und damit den Einsatz von kriegerischen Mitteln und militärischen Waffen als Mittel zur Lösung von *internationalen* Streitigkeiten ab. Was gilt aber für *nationale* Streitigkeiten? In einem Verfassungsstaat, der zwischen Krieg und Frieden unterscheidet, sich für den Frieden entscheidet und dementsprechend den Krieg ablehnt, d.h. unter anderem keinen Krieg gegen sein eigenes Volk und seine Bürger führt, dürfen kriegerische Mittel auf dem eigenen Territorium mit der Inkaufnahme der Tötung unschuldiger Menschen – vielleicht mit der Ausnahme des Verteidigungskrieges – nicht benutzt werden. *Zum dritten*, und damit verschränkt, ist das Recht auf Leben der unschuldigen Menschen (Art. 27 Abs. 4 und Art. 2 it. Verf.), die sich in dem Flugzeug befinden, nicht wegzudenken, und vor jeglicher Funktionalisierung durch die Regierung und das Militär zu schützen.

II.

Die Berücksichtigung der italienischen Lage lässt ohne Weiteres die Vermutung zu, dass der italienische geheime Verwaltungsakt vom April 2004 und das deutsche Luftsicherheitsgesetz von Januar 2005 bzw. dessen Entwürfe im Bundesrat vom 7. November 2003 und im Bundestag vom 14. Januar 2004 das Ergebnis der Implementation *desselben* Konzeptes der Nato auf nationaler Ebene, nämlich des »Renegade Concepts« sind.

Die entscheidenden Ähnlichkeiten sind nicht nur den militärischen und politischen Dispositiven zu entnehmen. Auf der einen Seite nennt die italienische Regierung in ihrer Antwort im Abgeordnetenhaus das Konzept und die Regelung der NATO »Renegade Concept« und spricht in diesem Zusammenhang von dem Abschluss eines »Renegade«. Auf der anderen Seite sind auch in der deutschen Diskussion deutliche Spuren des »Renegade Concepts« zu finden. Einerseits ist in der einschlägigen Diskussion über das Luftsicherheitsgesetz der Hinweis auf die Klassifizierung (auch *durch die NATO*) von bedrohlichen zivilen Flugzeugen als »Renegade Fälle« oder als »Renegade« zu verzeichnen.²⁷ Andererseits lässt sich das Profil eines Renegade Concepts rekonstruieren. Das deutsche Auswärtige Amt spricht im Hinblick auf die Bekämpfung des Terrorismus durch die NATO ausdrücklich vom sog. »Renegade Concept«, einem Konzept, das das Bündnis »zur Abwehr von Gefahren, die von Luftfahrzeugen mit terroristischem Hintergrund ausgehen«, entwickelt habe.²⁸

Die NATO ist laut einer OSZE-Meldung der Bundesrepublik Deutschland für das Jahr 2006 vom 5. April 2007 »derzeit mit der Überprüfung/Überarbeitung des »Renegade-Concept« befasst«. Diese Tätigkeit der NATO diene »zur Unterstützung der Nationen bei der Abwehr eines möglichen Einsatzes von Flugzeugen für terroristische Zwecke«. ²⁹ Weiterhin tauchte die Verschränkung des deutschen Luftsicherheitsgesetzes mit dem Renegade Concept der NATO auch in der deutschen parlamentarischen Diskussion über das Luftsicherheitsgesetz auf.

So konnte die Abgeordnete Silke Stokar von Neuforn schon bei der Eröffnung der Debatte im Bundestag am 30. Januar 2004 darauf hinweisen, dass es sich bei dem entworfenen Gesetz im Grunde um »nichts gänzlich Neues« handelte.³⁰ Dies begründete die Abgeordnete unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass schon eine entsprechende NATO-Verordnung vorhanden war. Da die meisten Staaten Europas die entsprechende Regelung schon adoptiert hätten, sei »eine Regelungslücke lediglich bei deutschen Inlandsflügen« vorhanden gewesen.³¹

27 Vor allem: 1 BvR 357/05, Rn. 7: Klassifizierung *durch die NATO* oder das *Nationale* Lage- und Führungszentrum in Kalkar von »Renegade« Flugzeugen; in der Literatur Peter Dreist, Einsatz der Bundeswehr im Innern – Das Luftsicherheitsgesetz als Anlass zum verfassungsrechtlichen Nachdenken, in: Ulrich Blaschke/ Achim Förster/ Stephanie Lumpff/ Judith Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin 2005, 77 f., 86: »Diese Fälle werden in der NATO als sog. »Renegade Fälle« bezeichnet, für deren Bewältigung ... die NATO als militärisches Verteidigungsbündnis nicht zuständig ist«; eingehend und detailliert dazu René Niklaus, Zum Abschluss freigegeben? Eine interpretative Mikro-Policy-Analyse des Sicherheitskonzeptes zur Abwehr terroristischer Gefahren aus dem Luftraum, Marburg 2006, 53 ff.

28 www.auswaertigesamt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Friedenssicherheit/TerrorismusOK/TerrorismusbekämpfungNATO.html, Stand: 12.6.2007, abg. am 27.2.2008, 2.

29 Auswärtiges Amt, Informationsaustausch zum Verhaltenskodex zu politisch-militärischen Aspekten der Sicherheit (FSC.DEC/4/03), unter <http://www.auswaertigesamt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Themen/Abrüstung/Downloads/OSZE-VerhKodex-dtStellungnahme07.pdf>, abg. am 27.2.2008, 12.

30 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 89. Sitzung, Plenarprotokoll 15/89, 7886.

31 Im Originalton heißt es: »Außerdem gibt es eine entsprechende NATO-Verordnung. Die meisten europäischen Länder haben diese Militärverordnung übernommen. Es gibt eine Regelungslücke lediglich bei deutschen Inlandsflügen«. Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 89. Sitzung, ebd.; vgl. die ähnlichen Aussagen von Stokar von Neuforn bei der weiteren Diskussion des Gesetzes am 18. Juni 2004: »Im internationalen Luftverkehr werden der Einsatz der NATO und damit der Einsatz der Bundeswehr bei einer schwerwiegenden Bedrohung des Luftraums geregelt. Es handelt sich hier lediglich um eine Regelungslücke im Bereich des innerdeutschen Luftverkehrs«. Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 115. Sitzung, 18. Juni 2004, 10540. (Hervorhebung des Verfassers). In Stokar von Neuforns Diskurs ist das entscheidende Rechtsregime das Internationale. Ihm gegenüber hat das »innerdeutsche Rechtsregime« keine Chance, sich zu behaupten. Zum Begriff des Rechtsregimes siehe Martti Koskeniemi, The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation? LSE Chorley Lecture 2006, unter www.helsinki.fi/eci/Publications, abg. am 10.2.2009, 37 ff.; vgl. Gunther Teubner/Andreas Fischer-Lescano, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, 7 ff., insb. 57.

Stokar von Neuforn nannte diese Verordnung nicht ausdrücklich Renegade-Concept. Es liegt aber auf der Hand, dass es sich gerade um dieses Konzept handelte.

Als weiterer Beleg kann die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs beim Bundesminister der Verteidigung, Hans Georg Wagner, auf eine Anfrage der Abgeordneten Petra Pau über die Rechtsgrundlage des Nationalen Lage- und Führungszentrums Luftsicherheit in Kalkar erwähnt werden.³² Laut Wagner fing die NATO sofort nach den Anschlägen in den USA vom September 2001 damit an, die Verfahren zu überprüfen, die bis dahin gegolten hatten. Dies sei geschehen, um die neue Bedrohungslage bewältigen zu können.³³ Bei dieser Neueinrichtung der militärischen Organisation der NATO hätten die meisten Mitglieder, darunter auch Deutschland, mit Erfolg gefordert, dass »die Abwehr und Bekämpfung von so genannten Renegade-Luftfahrzeugen wegen der hiermit verbundenen politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen in nationaler Verantwortung« durchgeführt werden müssen.³⁴ Dementsprechend seien die NATO-Mitgliedstaaten dazu verpflichtet worden, »Verfahren zu entwickeln und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um diese Aufgaben in nationaler Verantwortung sicherzustellen.«³⁵ Anschließend fragte die Abgeordnete Gesine Löttsch, ob die deutschen Streitkräfte in Kalkar bei der Abwehr von Renegade-Luftfahrzeugen in Abstimmung mit der NATO arbeiten und in welcher Form. Hier verwies Wagner auf eine diesbezügliche Regelung der NATO. Es gebe eine Vorgabe der NATO und eine Pflicht für die nationalen Behörden, einzugreifen.³⁶

Dies bedeutet: 1) Die rechtliche Regulierung des Dispositivs in Kalkar wurde auch auf der Ebene der NATO getroffen; 2) auf dieser Ebene wurde auf die nationale Souveränität der NATO-Mitgliedstaaten in puncto Abwehr und Bekämpfung von Renegade-Flugzeugen verwiesen; 3) dies führte dazu, dass die Mitgliedstaaten sich zur rechtlichen Transformation der auferlegten Pflichten auf der nationalen Ebene verpflichteten. Die Mitgliedstaaten haben sich verpflichtet, in das jeweilige nationale Recht das Renegade Concept zu implementieren.

Die gemeinsame angloamerikanische Semantik in der deutschen und in der italienischen Diskussion verweist explizit und implizit auf ein gemeinsames, innerhalb der NATO entstandenes Konzept, und zwar auf das »Renegade-Konzept«. Es handelt sich um eine Art Governance, die durch informelle transnationale Agreements zwischen militärischen und politischen Netzwerken in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen strategisch mit top-down-Entscheidungen implementiert wird. Die rechtliche Operationalisierung desselben NATO-Konzeptes hat in der deutschen Rechtsordnung die Form des nationalen Gesetzes

32 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 96. Sitzung, Plenarprotokoll 15/96, 10.3.2004, 8584 f. In Kalkar ist seit Oktober 2003 ein militärisches Dispositiv errichtet worden, das es unter anderem ermöglicht, zivile Flugzeuge als »Renegade« einzustufen. Vgl. 1 BvR 357/05, Rn. 7.

33 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 96. Sitzung, Plenarprotokoll 15/96, 10.3.2004, 8585.

34 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 96. Sitzung, Plenarprotokoll 15/96, 10.3.2004, 8585.

35 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 96. Sitzung, Plenarprotokoll 15/96, 10.3.2004, 8585.

36 »Frau Kollegin, auch das ist geregelt. Das wird von der NATO vorgegeben: Die nationalen Behörden müssen eingreifen«. Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 96. Sitzung, Plenarprotokoll 15/96, 10. März 2004, 8585. Zur Verschränkung zwischen der Verteidigungsorganisation der NATO und der Bundesrepublik vgl. die öffentliche Anhörung des Generalleutnants Heinz Marzi als Sachverständiger, Deutscher Bundestag, Innenausschuss Protokoll, 35. Sitzung, Öffentliche Anhörung am 26. April 2004, Protokoll Nr. 15/35, 27 s. Vgl. hier eingehend René Niklaus (Fn. 27), 54 ff. In diesem Zusammenhang beschreibt Niklaus im Detail das nationale »Air Policing« und die Einstufung der Luftbedrohung als nicht militärische bzw. zivile und deswegen als »Renegade Fall«. Niklaus, ebd., 55; vgl. auch Manuel Ladiges, Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, Berlin 2007, 101.

erhalten. Damit ist das Ergebnis der informell getroffenen NATO-Entscheidung in eine *nationale* Angelegenheit transformiert und nur als solche in Deutschland diskutiert worden. Demzufolge konnte die Frage nach der Transformation des amerikanischen Konzeptes des War on Terror schon auf der NATO-Ebene in rechtlichen Semantiken, die vom Rechtsstaatsprinzip geprägt sind, überhaupt nicht gestellt werden. In der rechtsstaatlich instabileren italienischen Rechtsordnung erscheint die rechtliche Operationalisierung des NATO-Konzeptes als typische Maßnahme der Staatsräson als geheimer Akt. Damit wurde auch *die Möglichkeit* einer *nationalen* Diskussion von vornherein ausgeschlossen. Diese Art transnationaler Politik, der Governance,³⁷ entzieht sich prinzipiell der rechtlichen und politischen Kontrolle durch die einzelnen Staaten und die Europäische Union. Gerade die rechtliche und politische Einhegung der Governance sollte aber eine zentrale Aufgabe von Rechtsstaaten wie dem deutschen und dem italienischen Staat sein. Dies sollte auch für eine Institution wie die Europäische Union gelten, die ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtet ist.

37 In diesem Zusammenhang wird der Begriff Governance sehr selektiv und mit kritischer Absicht verwendet. Insbesondere wird hier an den Ansatz angeknüpft, den Martti Koskeniemi *im internationalen Recht* entworfen hat. Nach Koskeniemi sind die Komponenten der Governance im internationalen Recht: 1) deformalisation (= Entformalisierung), 2) fragmentation und 3) empire. Siehe Martti Koskeniemi, *Global Governance and Public International Law*, in: *Kritische Justiz* 2004, 241 f., 243 f. Die Literatur über den Begriff Governance und über die »good Governance« ist inzwischen kaum zu überblicken; vgl. hier allgemein zum Begriff Governance und zu seiner Geschichte Arthur Benz, *Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?*, in: ders. (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, Wiesbaden 2004, 11 ff. Für die Betonung der Nicht-Thematisierung bzw. der »Ausblendung« der mit der neuen Art der politischen Steuerung durch Governance verstränkten »dominanten Machtlogik« siehe Renate Mayntz, *Governance im modernen Staat*, in: Benz, ebd., 65 ff., 75. Für die Diskussion des Begriffes der Governance im europäischen Recht siehe Christian Joerges, *Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf*, Diskussionspapier 1/2007 des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP), Bremen, 1 ff.; ders., *Integrazione attraverso la degiuridicizzazione? Un intervento interlocutorio*, in: *Rivista critica del diritto privato*, 2/2008, 163 ff.; für einen Versuch, die Rolle der »social movements« innerhalb der Governance geltend zu machen bzw. die social movements durch die (implizit gute) Governance »miteinzubeziehen« siehe Michael Blecher, *Mind the gap*, in: *Rivista critica del diritto privato*, 2/2008, 205; für eine grundlegende Kritik, die die Fragmentation der Governance und deren »*corruzione*« hervorhebt, und doch versucht, die »eccedenze« der Governance geltend zu machen, siehe Antonio Negri, *La filosofia del diritto contro la Sovranità. Nuove eccedenze, vecchie frammentazioni*, in: *Rivista critica*, 2/2008, 197 ff., insb. 202.