

Stellungnahme zur

Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

Zur gerichtlichen Kontrolle von Auslandseinsätzen am 13. 1. 2020, Paul-Löbe-Haus, Raum 2.600

Drucksache 19/14025

1. Anlass: Begrenzte verfassungsgerichtliche Kontrolle von Auslandseinsätzen

Der zu beratende Gesetzentwurf will das BVerfGG um einen neuen Antragstyp erweitern, um die verfassungsgerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit eines bewaffneten Auslandseinsatzes deutscher Streitkräfte zu erleichtern. Dafür sollen eine Fraktion sowie ein Viertel der Mitglieder des Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines parlamentarischen Zustimmungsbeschlusses antragsberechtigt sein.

Die gerichtliche Kontrolle von Auslandseinsätzen der Bundeswehr wird bisher regelmäßig durch Oppositionsfraktionen im Wege des Organstreits ermöglicht,

BVerfGE 89, 38 – Somalia (einstweiliger Rechtsschutz); BVerfGE 90, 286 – Out-of-area-Einsätze; BVerfGE 118, 244 – Afghanistan; BVerfGE 121, 135 – Luftraumüberwachung/AWACS II; BVerfGE 140, 160 – Operation Pegasus.

Das Bundesverfassungsgericht hat 1994 einen konstitutiven Parlamentsvorbehalt für Auslandseinsätze qua Verfassung entwickelt, der Bundestag hat 2005 den Zustimmungsvorbehalt durch das Parlamentsbeteiligungsgesetz ausgestaltet. Damit wird der Bundestag in die Verantwortung für deutsche Militäreinsätze im Ausland genommen. Diese Beteiligung ist Ausdruck der Teilhabe an der Staatsleitung, die Regierung und Parlament „gewissermaßen zur gesamten Hand“ zusteht,

klassisch Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1960), S. 9 (33); zur Mitverantwortung nicht nur für den Abschluss, sondern auch den weiteren Vollzug insbesondere solcher völkerrechtlicher Verträge, die die Errichtung eines Systems kollektiver Sicherheit zum Gegenstand haben, zuletzt BVerfG, 2 BvE 2/16, Rn. 33; grundlegend BVerfGE 104, 151 – NATO-Konzept (209).

Zugleich sind die verfahrensmäßigen Anforderungen aber auch ein Ausgleich für die materielle verfassungsrechtliche Maßstabslosigkeit des Auslandseinsatzes. Dessen Mandatierung ist – im Rahmen der Art. 24 Abs. 2, 59 Abs. 2, 87a Abs. 2 GG – eine politische Entscheidung.

Im September 2019 hat das Bundesverfassungsgericht einen Antrag der Fraktion Die Linke im Rahmen eines Organstreitverfahrens verworfen, der auf eine gerichtliche Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der deutschen Beteiligung an einem Einsatz gegen die Terror-Organisation „Islamischer Staat“ zielte,

BVerfG, 2 BvE 2/16. Ähnlich bereits BVerfGE 100, 266 – Kosovo.

Der Antrag wurde als unzulässig verworfen, weil die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte oder solcher des Bundestages nicht bestand. Damit lässt sich im Wege des Organstreitverfahrens zwar die Mitwirkung des Bundestages sichern, nicht aber die materielle Verfassungsmäßigkeit dieser Mitwirkung. Vor diesem Hintergrund zielt der Gesetzentwurf zur Ergänzung des BVerfGG auf die Schaffung eines Verfahrens, mit dem eine Fraktion oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages die Verfassungsmäßigkeit eines Einsatzbeschlusses nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes überprüfen lassen können. Eine solche Ergänzung des BVerfGG wie die Einführung von neuen Klageformen ist verfassungsrechtlich unabhängig von praktischen Bedürfnissen weder ge- noch verboten,

BVerfGE 22, 293 (298); BVerfG, 2 BvE 2/16, Rn. 44.

Sie ist daher eine Frage politischer Gestaltung. Sie sollte sich bruchlos in den verfassungsrechtlichen Rahmen juristischer Kontrolle fügen und in ihren praktischen Folgen mehr Vor- als Nachteile mit sich bringen.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen: politische und juristische Kontrolle

Die Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit wird aus der Perspektive der Bürgerinnen und Bürger maßgeblich durch die Gewährung umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes sichergestellt. Dieser ist in einem erheblichen Umfang von Verfassung wegen vorgegeben, insbesondere durch Art. 19 Abs. 4 GG, und wird daneben einfachgesetzlich durch die Generalklauseln der verschiedenen Prozessordnungen gesichert. Auch das Bundesverfassungsgericht hat hieran, wenn auch jenseits von Art. 19 Abs. 4 GG, etwa durch die konkrete Normenkontrolle und die Verfassungsbeschwerde, einen wichtigen Anteil.

Im Staatsorganisationsrecht ist dies anders. Es gibt keinen Anspruch auf und kein Bedürfnis nach einer lückenlosen verfassungsgerichtlichen Kontrolle: Das gewaltenteilige Verfassungsmodell zielt auf eine politische Selbstregulierung der Verfassungsorgane untereinander, die durch umfassende Mitwirkungspflichten und Abhängigkeiten zwischen politischen Amtsträgern gesichert wird. Im Idealfall ist das parlamentarische System durch das Grundgesetz so konstruiert, durch die Verfassungspraxis so kalibriert, dass sich eine verfassungsgemäße Praxis aus dem Zusammenspiel der einzelnen Akteure ergibt, die sich und ihr Verhältnis zu einem erheblichen Teil selbst organisieren.

Dementsprechend sehen Grundgesetz und Bundesverfassungsgerichtsgesetz einen *numerus clausus* an verfassungsprozessualen Verfahren vor, keine Generalklausel zur Überprüfung objektiven Verfassungsrechts. Ein pauschaler *horror vacui* bei der gerichtlichen Kontrolle im Organisationsrecht würde eher von Misstrauen gegen das politische System der Republik zeugen. Wie sich aus der Regelungstechnik der enumerativen Aufzählung von Verfahren zeigt, braucht es jeweils einen guten Grund für die Gewährung eines Rechtsweges bei organisationsrechtlichen Konflikten, also der Ergänzung politischer durch gerichtliche Kontrolle.

3. Die Beschlusskontrolle im numerus clausus der Verfahrensarten: Parallelen zur abstrakten Normenkontrolle

Militärische Auslandseinsätze der Bundeswehr können erhebliche Folgen für Staat und Bürger haben. Der solche Einsätze ermöglichende Beschluss des Bundestages steht daher in seiner Bedeutung nicht hinter der eines Gesetzes zurück. Dies spricht wertungsmäßig für eine Gleichbehandlung mit der abstrakten Normenkontrolle. Analogien zum Organstreit sind hingegen verfehlt. Dieser dient der Sicherung eigener Rechte zwischen den Verfassungsorganen und ihren Teilen, nicht der Sicherung eines verfassungskonformen Außenhandelns. Der Organstreit ist formell nicht auf Verfahren beschränkt, die durch die Opposition initiiert werden, hat hier praktisch aber sein wichtigstes Anwendungsfeld: Er stabilisiert den Bundestag gegen die politischen Ziehkkräfte der Verbindung von Mehrheit und Regierung. Die Prozessstandschaft des § 64 Abs. 1 BVerfGG hat in diesem Zusammenhang ihr Hauptanwendungsfeld. Entsprechend können Fraktionen Rechte des Bundestages gegen die Regierung mobilisieren. Gerade die Rechtsprechung zum Auslandseinsatz zeigt, dass zur Sicherung dieser Rechte kein Ergänzungsbedarf besteht.

Ziel ist vielmehr die Schaffung eines Verfahrens zur Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Einsatzes. Die durch den Gesetzentwurf geplante Änderung will hierfür eine Beschlusskontrolle etablieren, die der abstrakten Normenkontrolle vergleichbar ist: Diese gibt einem exklusiven Kreis von Antragstellern die Möglichkeit, besonders wichtiges Staatshandeln – Gesetze – in einem objektiven Beauftragungsverfahren auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Dem entspricht die vorgesehene Beschlusskontrolle, auch wenn die individuelle Rechtsnatur des Beschlusses ihn zumindest vom materiellen Gesetzesbegriff abhebt, was an seiner praktischen Bedeutung freilich nichts ändert: Beschlüsse über einen militärischen Einsatz sind in ihrer Bedeutung der Gesetzgebung vergleichbar. Gerade aus diesem Umstand zieht der konstitutive Parlamentsvorbehalt seine normative Überzeugungskraft. Dies legt eine Parallelisierung von Normenkontrolle und Beschlusskontrolle nahe. Dass eine Beschlusskontrolle nicht bereits verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich verankert ist, erklärt sich dabei zu einem guten Teil historisch: Weil die Teilhabe des Parlaments an der Staatsleitung, insbesondere der auswärtigen Gewalt, verfassungshistorisch eine jüngere Entwicklung ist, konnte man sie im Parlamentarischen Rat nicht antizipieren – erst recht nicht im Kontext des Einsatzes von bei Gründung der Republik noch verbotenen Streitkräften. Die angedachte Einführung einer gerichtlichen Kontrolle erscheint nur als Nachvollzug dieser Veränderung und damit als angemessene Aktualisierung des Verfahrenskanons.

So ähnlich sich Norm- und Beschlusskontrolle hinsichtlich der Bedeutung ihres Gegenstandes sind, so bedenkenswert sind allerdings auch die Unterschiede zwischen den Verfahren. Ein solcher Unterschied liegt im Mangel an materiellen Maßstäben. Das Bundesverfassungsgericht müsste nach dem geplanten Verfahren über wichtige Fragen der Staatsleitung aufgrund eines sehr schmalen verfassungsrechtlichen Normbestandes entscheiden. Bei einem solchen Mangel an sich aus dem Verfassungstext eindeutig ergebenden Maßstäben ist unsicher, ob sich die klassischen Erwartungen an Verfassungsrechtsprechung wie Erwartungsstabilisierung und Akzeptanz einstellen werden.

Der Militäreinsatz im Ausland hat anders als viele Gesetze in der Regel keine unmittelbaren rechtlichen Folgen für eine Vielzahl deutscher Bürger, sicherlich keine Eingriffswirkung. Dies senkt im Vergleich zu diesem einerseits den Bedarf an Rechtsschutz, sorgt aber andererseits dafür, dass die Sachfrage nicht

auf anderem Wege vor das Bundesverfassungsgericht gelangt, wie dies auch bei Ausbleiben einer abstrakten Normenkontrolle, etwa durch eine Verfassungsbeschwerde oder eine konkrete Normenkontrolle, möglich ist.

4. Zur völkerrechtlichen Dimension des Verfahrens

Ein weiterer Unterschied zum Verfahren der abstrakten Normenkontrolle besteht in der außenpolitischen Dimension der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Militäreinsatzes. So verändert schon die Möglichkeit eines Gerichtsverfahrens unabhängig vom Ausgang das Verhaltenskalkül: Urteile kann man auch im Ausland lesen. Handlungsspielräume nach außen werden durch Bindung nach innen verkürzt, die Logik verfassungsrechtlicher Klarheit geht auf deren Kosten. Die Vorhersehbarkeit staatlichen Handels erscheint nach innen juristisch als Vorteil, nach außen kann sie sich als politischer Nachteil erweisen. Das Bundesverfassungsgericht selbst geht davon aus, dass die rechtsprechende Gewalt im Bereich des Außenhandels Rücksicht auf die primär durch die Bundesregierung verantwortete, außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik nehmen muss,

m.w.N. BVerfG, 2 BvE 2/16, Rn. 34.

Andererseits ist der außenpolitische Handlungsspielraum selbst nicht unbegrenzt.

In seiner jüngsten Entscheidung,

BVerfG, 2 BvE 2/16, Rn. 34

betont das Gericht zugleich, dass Verträge, die Systeme kollektiver Sicherheit errichten, als Aufgabe primär der Bundesregierung nur in den Formen des Völkerrechts fortzuentwickeln seien. Das außenpolitische Handeln ist also nicht nur durch das Verfassungsrecht, sondern auch durch den völkerrechtlichen Normenbestand begrenzt. An dieser Stelle sind das Verfassungs- und das Völkerrecht miteinander verzahnt: Ein völkerrechtswidriger Militäreinsatz kann wegen des Verbots des Angriffskriegs, sowie des allgemeinen Gewaltverbots und der grundsätzlichen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, nicht verfassungsmäßig sein. Eine völkerrechtliche Grundlage ist also Voraussetzung für jeden Auslandseinsatz und wird regelmäßig in den entsprechenden Beschlüssen benannt, allerdings ohne sich im Einzelnen festzulegen und unterschiedliche Rechtfertigungstatbestände voneinander zu scheiden. Durch das geplante Verfahren wird dem Bundesverfassungsgericht also auch die Möglichkeit eingeräumt, in umstrittenen völkerrechtlichen Fragen Stellung zu beziehen. Entscheidungen nationaler Gerichte sind einerseits gem. Art. 38 lit. d IGH-Statut Rechtserkenntnisquellen, andererseits stellen sie, soweit sie über die reine Rechtsfeststellung hinausgehen und eine rechtsschöpferische Dimension enthalten – was in den umstrittenen Fragen zur Anwendung militärischer Gewalt mit uneinheitlicher Staatenpraxis regelmäßig der Fall sein dürfte – ein Element der Staatenpraxis dar,

vgl. Schlussfolgerungen der Völkerrechtskommission zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht, UN Dok. A/Res/73/203, Anhang, Schlussfolgerung 5.

Hier stellt sich grundsätzlich das Risiko eines Auseinanderfallens der völkerrechtlichen Auffassungen zwischen den verschiedenen Gewalten. Vor dem Hintergrund einer bislang eher zurückhaltenden und gemäßigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich völkerrechtlicher Entwicklungen,

ist allerdings nicht zu erwarten, dass die Einführung eines Verfahrens, das dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit einräumt, die Völkerrechtskonformität des Handelns der Bundesregierung sowie des Parlaments jedenfalls inzident zu überprüfen, zu einer Situation führt, in der die Haltung des Gerichts und der Bundesregierung regelmäßig auseinanderfallen. Vielmehr ist zu erwarten, dass durch die reine Möglichkeit des Verfahrens eine sorgfältigere völkerrechtliche Argumentation und Auseinandersetzung im Rahmen der parlamentarischen Debatte und im Verhältnis zwischen Parlament und Bundesregierung stattfindet. Dies wiederum ist für eine regelbasierte internationale Ordnung, für die die Bundesregierung regelmäßig eintritt, unabdingbar: Nur die klare Artikulation völkerrechtlicher Auffassungen sorgt für Rechtssicherheit in der grundsätzlich dezentral organisierten internationalen Ordnung.

5. Zur konkreten Ausgestaltung des Gesetzentwurfes

Das im Entwurf vorgesehene Antragsquorum orientiert sich einerseits an der abstrakten Normenkontrolle (ein Viertel der Mitglieder des Bundestages), andererseits am Organstreitverfahren, wenn es auch eine Fraktion als Antragsteller genügen lässt. Systematisch ist das nicht einleuchtend: Ein Antragsrecht für eine Fraktion erscheint unpassend, weil es eine Übertragung aus dem Organstreitverfahren darstellt, das, wie dargestellt, gerade nicht als prozessuales Vorbild für das einzuführende Verfahren taugt. Praktisch wird dies zu einer, freilich ohnehin unvermeidlichen, Politisierung des Verfahrens führen.

Hinsichtlich der Antragsfrist ist ein Ausgleich zwischen der notwendigen Zeit für das Anstrengen eines Verfahrens einerseits und der aus einem Verfahren resultierenden Unsicherheit für die Politik der Bundesrepublik mit ihren Folgen für die Bündnispartner andererseits zu finden. Die Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik hat verfassungsrechtliches Gewicht. Eine Gefährdung der Bündnisfähigkeit kann zu einer Gefährdung des Staatswohls führen,

BVerfGE 143, 101 (141 ff.) - NSA-Untersuchungsausschuss.

Drei Monate scheinen vor diesem Hintergrund eine recht lange Frist.

Der Gesetzentwurf hat außerdem eine Lücke für den Fall von Einsätzen bei Gefahr im Verzug, nach denen der Bundestag lediglich qualifiziert unterrichtet werden muss, wenn der frühestmögliche Zeitpunkt der Unterrichtung nach Abschluss des Einsatzes liegt,

BVerfGE 140, 160 (208) – Operation Pegasus.

In diesen Fällen gibt es keinen nach dem vorgesehenen Verfahren gerichtlich überprüfbaren Parlamentsbeschluss, so dass das Ziel des Gesetzesentwurfs, nämlich die materielle Verfassungsmäßigkeit militärischer Auslandseinsätze einer gerichtlichen Kontrolle zuzuführen, für Einsätze von kurzer Dauer in Fällen von Gefahr im Verzug verfehlt wird.