

Domerschulstraße 16
97070 Würzburg

Telefon 0931/31-82324
Telefax 0931/31-82792

schmahl@jura.uni-wuerzburg.de

[http://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/
schmahl/lehrstuhl/](http://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/schmahl/lehrstuhl/)

12. Januar 2020

Schriftliche Stellungnahme

**für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher-
schutz des Deutschen Bundestages am 13.1.2020**

zu dem

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichts-
gesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen
über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland);
Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019**

Für den vorliegenden Gesetzesentwurf besteht kein rechtsstaatliches Bedürfnis (I.). Zudem weist der Gesetzesentwurf verfassungspolitische (II.) und verfahrenstechnische Ungereimtheiten auf (III.).

I. Fehlendes rechtsstaatliches Bedürfnis zur Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland

Mit Ausnahme der Verteidigung (Art. 87a Abs. 2 GG) ist der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland grundsätzlich nur im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver

Sicherheit zulässig (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG).¹ Insoweit bestehen *de lege lata* hinreichende verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Sicherungen gegen ein etwaiges verfassungs- und völkerrechtswidriges Handeln der beteiligten Staatsorgane. Eine rechtsstaatlich bedenkliche Rechtsschutzlücke, die *de lege ferenda* geschlossen werden müsste, ist nicht ersichtlich.

1. Erfordernis eines Vertragsgesetzes nach Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG und Möglichkeiten verfassungsgerichtlicher Kontrolle

Art. 24 Abs. 2 GG ermächtigt den Bund dazu, sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen und die Bundeswehr im Rahmen und nach den Regeln eines solchen Systems einzusetzen.² Die innerstaatliche Kompetenzverteilung des Grundgesetzes verlangt dabei, dass die für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften – Bundestag und Bundesrat – der Vertragsgrundlage des jeweiligen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zugestimmt haben. Mit der Zustimmung zu einem Vertragsgesetz bestimmt der Deutsche Bundestag den Umfang der auf dem Vertrag beruhenden Bindungen und trägt dafür die politische Verantwortung gegenüber dem Bürger.³ Der NATO-Vertrag ist als ein solches System gegenseitiger kollektiver Sicherheit anerkannt.⁴ Auch die Vereinten Nationen, denen die Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im Jahr 1973 beigetreten ist,⁵ sind ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG.⁶ Ferner kann die EU (vgl. Art. 42 Abs. 7 EUV) ebenfalls als ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit angesehen werden.⁷

Der in Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG festgelegte Gesetzesvorbehalt überträgt dem Bundestag als Gesetzgebungsorgan ein Mitentscheidungsrecht im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und begründet insoweit ein veritables Recht des Bundestages oder seiner Teile, das im Wege des Organstreitverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG geltend gemacht werden kann.⁸ Darüber hinaus ist jedes Vertragsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag – auch im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG – auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz im Wege einer konkreten (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) oder abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) überprüfbar.⁹ Ferner kann das Vertragsgesetz Prüfungsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG sein, wenn der Vertrag Regelungen enthält, die unmittelbar in die Rechtssphäre des Einzelnen

¹ Die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für unilaterale Evakuierungseinsätze hat das Bundesverfassungsgericht offengelassen, vgl. BVerfGE 140, 160 (189).

² BVerfGE 90, 286 (345 ff.); 121, 135 (156); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 31.

³ Vgl. BVerfGE 104, 151 (209); 118, 244 (260); 121, 135 (157); 126, 55 (71).

⁴ Vgl. BVerfGE 90, 286 (350 f.); 104, 151 (195, 209); 121, 135 (156).

⁵ Beitrittsvertrag vom 6.6.1973, BGBl. 1973 II S. 430.

⁶ Vgl. BVerfGE 121, 135 (157). Vgl. auch BVerfGE 90, 286 (349); 104, 151 (195).

⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 52.

⁸ BVerfGE 68, 1 (85 f.); 90, 286 (351); 104, 151 (194); 118, 244 (258); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 31.

⁹ Zur konkreten Normenkontrolle vgl. etwa BVerfGE 29, 348 (358); 72, 200 (238); 95, 39 (44). Zur abstrakten Normenkontrolle vgl. z.B. BVerfGE 36, 1 (13).

eingreifen.¹⁰ Das Vertragsgesetz zum völkerrechtlichen Integrationsprogramm unterliegt also einer umfassenden bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle. Dabei ist in allen genannten Verfahren allerdings das prinzipiell weite politische Ermessen zu berücksichtigen, das beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge besteht.¹¹

2. Erfordernis einer grundsätzlich vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages zum Einsatz der Streitkräfte und Möglichkeiten verfassungsgerichtlicher Kontrolle

Vertragsgesetze zu Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit bilden freilich für sich genommen noch keine Rechtsgrundlage für einen konkreten Auslandseinsatz der Streitkräfte. Jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte bedarf nach dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt grundsätzlich der vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages.¹² Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt stellt ein Korrektiv für die Grenzen der parlamentarischen Verantwortungsübernahme im Bereich der auswärtigen Sicherheitspolitik dar.¹³ Der Bundestag entscheidet deshalb über den Streitkräfteeinsatz im Einzelfall, und zwar durch einen (vorab) in den Ausschüssen und im Plenum erörterten Beschluss gemäß Art. 42 Abs. 2 GG.¹⁴ Die spezifische Sicherung der Parlamentsrechte bei Einsätzen der Streitkräfte wird also wesentlich auch durch die verfassungsrechtlich gebotene Parlamentsbeteiligung gewährleistet, nicht allein durch das Vertragsgesetz zu einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.

a) Fehlen der Parlamentsbeteiligung

Folgerichtig kann das Fehlen eines vorherigen konstitutiven Beschlusses des Bundestages zum Einsatz der Streitkräfte mit dem Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG gerügt werden.¹⁵ Bei Gefahr im Verzug kann die Bundesregierung zwar vorläufig selbst entscheiden, muss aber umgehend den Bundestag für eine endgültige Entscheidung einschalten.¹⁶ Nur ausnahmsweise darf eine nachträgliche Beteiligung des Bundestages bei abgeschlossenen Einsätzen aufgrund einer Eilentscheidung dann unterbleiben, wenn der Einsatz bereits bei einer frühestmöglichen Befassung des Parlamentes beendet ist und somit eine parlamentarische Einflussnahme im konkreten Einsatz nicht mehr möglich erscheint.¹⁷ Insoweit verwandelt

¹⁰ Vgl. z.B. BVerfGE 6, 290 (295); 40, 141 (156); 84, 90 (113). Zu den Besonderheiten im Blick auf EU-Recht vgl. nur BVerfGE 89, 155 (171); 123, 267 (328).

¹¹ BVerfGE 94, 12 (35). Vgl. auch BVerfGE 36, 1 (17 f.); 68, 1 (97) sowie BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 34.

¹² BVerfGE 90, 286 (381 ff.); 140, 160 (187 f.); vgl. auch § 1 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 3 Parlamentsbeteiligungsgesetz.

¹³ BVerfGE 121, 135 (161); 126, 55 (72).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 90, 286 (387 f.); 121, 135 (154).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 90, 286 (388); 121, 135 (163 f.).

¹⁶ BVerfGE 90, 286 (388); 108, 34 (44 f.); 121, 135 (154).

¹⁷ BVerfGE 140, 160 (195 f.; 200 f.).

sich die Beteiligungspflicht des Parlaments in ein unverzügliches und qualifiziertes Untersuchungserfordernis durch die Bundesregierung.¹⁸

b) Überschreiten der Grenzen des Zustimmungsbeschlusses

Darüber hinaus ist ein Organstreit zwischen dem Deutschen Bundestag oder seinen Teilen einerseits und der Bundesregierung andererseits zulässig, wenn vorgebracht wird, ein konkreter Streitkräfteeinsatz, dem der Bundestag zugestimmt hat, überschreite in inhaltlicher, räumlicher oder zeitlicher Sicht die Grenzen des Zustimmungsbeschlusses. Dies gilt vor allem, wenn sich rechtliche oder tatsächliche Umstände eines Streitkräfteeinsatzes nach Erteilung der parlamentarischen Zustimmung verändern.¹⁹ Erforderlich ist hierfür aber eine evidente Veränderung der Umstände.²⁰

c) Wesentliches, systemrelevantes Überschreiten des dem Zustimmungsbeschluss zugrundeliegenden Integrationsprogramms

Wie dargelegt gibt das Vertragsgesetz zum völkerrechtlichen Integrationsprogramm den Rahmen für den konstitutiven Zustimmungsbeschluss des Parlaments zu einem konkreten Streitkräfteeinsatz vor. Deshalb besteht sogar ein Recht des Bundestages oder seiner Teile, im Wege eines Organstreitverfahrens zu rügen, dass die Mitwirkung der Bundesregierung an der sicherheitspolitischen Fortentwicklung eines völkerrechtlichen Vertrags zu einer Überschreitung oder Änderung des im Vertrag angelegten und vom ursprünglichen Vertragsgesetz gemäß Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG gedeckten Integrationsprogramms geführt habe.²¹ Denn die rechtliche und politische Verantwortung des Parlaments erschöpft sich nicht in einem einmaligen Zustimmungsakt zum Integrationsprogramm, sondern erstreckt sich auch auf den weiteren Vertragsvollzug.²² Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Bundesregierung für ihre Mitwirkung an der Fortentwicklung des völkerrechtlichen Vertrags einer (erneuten) Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften bedarf.²³ Erforderlich hierfür ist aber eine rechtserhebliche, also systemrelevante Umwandlung des völkerrechtlichen Vertrags (weg von der Friedenswahrung) durch die Vertragsparteien unter Mitwirkung der Bundesregierung.²⁴ Mit anderen Worten: Lässt sich jenseits des Gestaltungsspielraums der Bundesregierung in außen- und verteidigungspolitischen Fragen eine erhebliche und offensichtliche Überschreitung der vom ursprünglichen Vertragsgesetz vorgezeichneten Strukturentscheidungen entweder durch eine konsensuale nachfolgende Vereinbarung („*subsequent agreement*“) oder durch eine gemeinsame spätere Übung („*subsequent practice*“) objektiv nachweisen, ist ein Organstreit trotz der konstitutiven Zustimmung des Bundestages zum

¹⁸ BVerfGE 140, 160 (202 f.).

¹⁹ BVerfGE 124, 267 (276 f.).

²⁰ BVerfGE 124, 267 (280).

²¹ BVerfGE 104, 151 (193 f.); vgl. auch BVerfGE 118, 244 (258 ff., 271).

²² BVerfGE 104, 151 (209); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 33.

²³ BVerfGE 104, 151 (196); vgl. auch BVerfGE 118, 244 (260).

²⁴ BVerfGE 104, 151 (210); 118, 244 (259 ff., 271, 275); 121, 135 (158); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 37.

konkreten Streitkräfteeinsatz statthaft.²⁵ Innerhalb des Integrationsprogramms verbleibende Vertragsfortbildungsprozesse lösen das Mitwirkungsrecht aus Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG hingegen nicht erneut aus.²⁶

3. Keine unmittelbare allgemeine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von konkreten Streitkräfteeinsätzen im Ausland

Sonstige materiell-rechtliche Voraussetzungen eines konkreten Einsatzes bewaffneter Streitkräfte im Ausland können nicht unmittelbar vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden. Die Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG und nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dienen vor allem der Überprüfung, ob Gesetze, einschließlich Vertragsgesetze zu völkerrechtlichen Integrationsprogrammen, mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Beim Zustimmungsbeschluss zu einem Streitkräfteeinsatz handelt es sich aber um einen einfachen Parlamentsbeschluss ohne Normqualität. Damit scheidet eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG aus, im Rahmen derer nur formelle Gesetze vorgelegt werden können. Auch ein Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG kommt nicht in Betracht. Ein einfacher, nicht gesetzesvertretender Parlamentsbeschluss stellt keinen statthaften Verfahrensgegenstand im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle dar.²⁷

Das Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG eröffnet den Verfassungsorganen oder ihren Teilen die Möglichkeit, für einen bestimmten Sachzusammenhang über die Zuordnung der in Betracht kommenden Kompetenzen im System der Gewaltenteilung zu streiten.²⁸ Es dient dem Schutz und der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihrer Teile im Verhältnis zueinander, nicht hingegen einer allgemeinen, von eigenen Rechten des Antragstellers losgelösten, abstrakten Verfassungs- und Völkerrechtsaufsicht.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht betont, dass im Rahmen des Organstreitverfahrens keine allgemeine materiell-rechtliche Prüfung von militärischen Einsätzen vorgenommen werde.³⁰ Der Organstreit ist – anders als die Normenkontrollverfahren – keine objektive Beanstandungsklage.³¹ Er ist ausschließlich darauf ausgerichtet, dass Kompetenzübergriffe im Verhältnis zwischen den Staatsorganen vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden können. Eine objektive Rechts- oder Verfassungsaufsicht ist darin nicht eingeschlossen.³² Diese

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 36 ff. Vgl. auch *Christopher Verlage*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 3.7.2007 (2 BvE 2/07) – Klage der Linksfraction gegen den Tornado-Einsatz in Afghanistan, DVBl. 2007, S. 1245 (1246).

²⁶ BVerfGE 104, 151 (206 ff.); 121, 135 (158); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 35.

²⁷ Zu gesetzesvertretenden Parlamentsbeschlüssen als Prüfungsgegenstand einer Normenkontrolle vgl. BVerfGE 90, 60 (84-86).

²⁸ BVerfGE 68, 1 (72 f.); 100, 266 (268); 126, 55 (67 f.).

²⁹ BVerfGE 126, 55 (67 f.) unter Verweis auf BVerfGE 68, 1 (69 ff.); 73, 1 (29 f.); 80, 188 (212); 104, 151 (193 f.); 118, 244 (257). Vgl. auch BVerfGE 136, 190 (192); 140, 1 (21 f.); 143, 1 (8); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 28.

³⁰ BVerfGE 118, 244 (271); 126, 55 (67 f.).

³¹ BVerfGE 126, 55 (68); 138, 256 (259); 140, 1, (21 f.); 143, 1 (8); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 28.

³² BVerfGE 68, 1 (70); 100, 266 (268); 124, 267 (280). Vgl. auch *Rüdiger Zuck*, in: Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2019, Vor §§ 63 ff., Rn. 2.

den einzelnen Staatsorganen eingeräumte Rechtsmacht zur Verteidigung ihrer Kompetenzen dient der Aufrechterhaltung des verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges und damit dem Funktionsschutz des politischen Prozesses.³³ Letztlich ist der Organstreit ein prozessuales Spiegelbild der horizontalen Gewaltenteilung zwischen Bundesregierung und Parlament.³⁴

4. Kein rechtsstaatliches Bedürfnis zur Einführung eines neuen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht

Der Zuschnitt der bestehenden Verfahrensarten vor dem Bundesverfassungsgericht führt nicht zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Rechtsschutzlücke, die *de lege ferenda* durch ein neues Verfahren zur abstrakten Überprüfung von Einzelentscheidungen über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland geschlossen werden müsste.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine mittelbare Kontrolle der materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Einsatzes bewaffneter Streitkräfte im Ausland der Judikative keineswegs entzogen ist, wenn Grundrechtsverletzungen im Raum stehen. Dass das Völkerrecht Prüfungsmaßstab in gerichtlichen Verfahren sein kann, in denen eine Grundrechtsverletzung behauptet wird, zeigt etwa das Urteil des OVG Münster vom 19.3.2019 zu den US-Drohneinsätzen im Jemen von der Air Base Ramstein auf.³⁵ Darüber hinaus ist die materielle Verfassungsmäßigkeit eines konkreten Streitkräfteeinsatzes im Wege einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG inzident überprüfbar. Zum einen greift die Verpflichtung zum Einsatz von Leben und Gesundheit im Dienstverhältnis der Bundeswehr in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs müssen die Verfassungs- und (damit auch) die Völkerrechtskonformität des Einsatzes überprüft werden.³⁶ Zum anderen kann eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG die deutsche Staatsgewalt auch gegenüber Ausländern treffen, wenn ihre grundrechtlichen Schutzgüter in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt oder gefährdet werden.³⁷

Angesichts der dargelegten Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bundesregierung und Deutschem Bundestag beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte besteht jedoch keine Notwendigkeit einer von der Behauptung eigener Rechtsverletzungen losgelösten, abstrakten verfassungsgerichtlichen Kontrolle der materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines nach Maßgabe des Art. 42 Abs. 2 GG zu fassenden einfachen Parlamentsbeschlusses. Abgesehen davon, dass eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der politischen Entscheidung über den Streitkräfteeinsatz in vielen ausländischen Rechtsordnungen unvorstellbar wäre, würde sich eine unfängliche verfassungsrechtliche Überprüfung eines von Regierung und Parlament gemeinsam

³³ Eckart Klein, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, § 28 Rn. 991.

³⁴ Herbert Bethge, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, § 13 Nr. 5 BVerfGG Rn. 3 (Stand der Bearbeitung: Juni 2018).

³⁵ OVG Münster, NJW 2019, S. 1898 ff.

³⁶ Vgl. Udo Fink, Verfassungsrechtliche und verfassungsprozeßrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Kosovo-Einsatz der Bundeswehr, JZ 1999, S. 1016 (1018); Bardo Fassbender, Militärische Einsätze der Bundeswehr, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band XI, 3. Aufl. 2013, § 244 Rn. 124. Vgl. auch BVerwGE 127, 302 (314 ff., 343 ff.).

³⁷ OVG Münster, NJW 2019, S. 1898, Rn. 217 ff., m.w.N.

verantworteten Einsatzes der Streitkräfte in das vom Grundgesetz vorgesehene verfassungsgerichtliche Kontrollsystem nicht problemlos einfügen. Denn es geht hier im Wesentlichen um staatsorganisationsrechtliche und von eigenen Rechten oder Kompetenzen losgelöste Fragen, die sich bezüglich eines einfachen Parlamentsbeschlusses und gerade nicht in Bezug auf ein (Vertrags-)Gesetz stellen. Zudem wäre die objektive verfassungsrechtliche Kontrolle wegen der Hinwendung zum Völkerrecht, die aus Art. 24 Abs. 2 GG deutlich wird, letztlich im Wesentlichen eine Kontrolle am Maßstab des Völkerrechts.³⁸ Der anzuwendende Rechtsmaßstab im Völkerrecht ist aber selten eindeutig, sondern vielmehr verschiedenen Vertretbarkeitsmaßstäben und der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung unterworfen.³⁹ So war etwa der genaue Normgehalt des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts nie unumstritten.⁴⁰ Hinzu treten im außenpolitischen Bereich unter Umständen gesteigerte Flexibilitätserfordernisse, die aus besonderen Gefährdungslagen resultieren.⁴¹ Deshalb sind die vertretbare Interpretation von Rechten und Pflichten in einem System nach Art. 24 Abs. 2 GG und das Handeln in einem solchen System – auch in Reaktion auf neue Sicherheitsherausforderungen – gemeinsame Aufgabe und politische Verantwortung von Bundesregierung und Parlament.⁴²

Aus diesen Gründen erscheint es sachgerecht, dass sich die verfassungsgerichtliche Überprüfung eines Streitkräfteeinsatzes auf die Einhaltung des Verfahrens und die Wahrung der Kompetenzräume der beteiligten Verfassungsorgane bezieht, eine direkte und abstrakte materiell-rechtliche Kontrolle anhand des Verfassungs- und Völkerrechts aber nicht verlangt. Beim Einsatz der Streitkräfte geht es, solange und soweit dieser auf einer vertretbaren Auslegung des Völkerrechts beruht und die grundlegenden Strukturentscheidungen des völkervertraglichen Integrationsprogramms nicht systemrelevant umwandelt oder verlässt, um genuin außenpolitisches Handeln von Regierung und Parlament, das nicht durch verfassungsgerichtliche Schritte ersetzt werden kann.⁴³ Mit Bedacht ist die Rolle der rechtsprechenden Gewalt im Bereich der internationalen Militäreinsätze der Bundeswehr beschränkt.⁴⁴ Zum einen soll das Bundesverfassungsgericht nicht der Gefahr einer „Politisierung“ ausgesetzt werden.⁴⁵ Zum anderen soll die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik

³⁸ Heiko Sauer, Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit. Materielle Grenzen und Organkompetenzverteilung beim Wandel von Bündnisverträgen und beim Auslandseinsatz der Bundeswehr, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, 2009, S. 585 (616).

³⁹ Vgl. Kay Hailbronner, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 7 (17).

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 49 ff.

⁴¹ Heike Krieger, Die gerichtliche Kontrolle von militärischen Operationen, in: Dieter Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 223 (224 f., 227).

⁴² Vgl. BVerfGE 121, 135 (158); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 46.

⁴³ Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 94.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 104, 151 (207); 118, 244 (259). Vgl. bereits auch BVerfGE 68, 1 (87); 90, 286 (363).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 68, 1 (77 f.) sowie Eckart Klein, in Benda/Klein, a.a.O., § 28 Rn. 987.

Deutschland nicht in einer Weise eingeschränkt werden, die auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinausläufe.⁴⁶

II. Verfassungspolitische Bedenken bezüglich der Einführung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland

Abgesehen von dem fehlenden rechtsstaatlichen Bedürfnis zur Einführung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland, bestehen an dem Gesetzentwurf auch verfassungspolitische Bedenken.

1. Erfordernis einer Grundgesetzänderung

Das angestrebte Verfahren ähnelt einem abstrakten Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Satz 2 GG, ohne dass allerdings ein Gesetz oder eine andere abstrakt-generelle Rechtsnorm Prüfungsgegenstand des Verfahrens wäre. Die Einführung einer umfassenden materiell-rechtlichen Kontrolle eines einfachen Parlamentsbeschlusses ohne Normqualität, mit dem eine Entscheidung über den Einsatz der Streitkräfte in einem konkreten Sachzusammenhang getroffen wird, erscheint als neue Verfahrensart vor dem Bundesverfassungsgericht besonders begründungsbedürftig, da sie sich in den Kanon der bestehenden Verfahrensarten nicht nahtlos einfügt. Deshalb erscheint es nicht angezeigt, lediglich das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) zu ändern, eine ausdrückliche Verfassungsänderung in Art. 93 GG aber nicht vorzunehmen. Zwar sieht Art. 93 Abs. 3 GG die Möglichkeit für eine Rechtswegeröffnung zum Bundesverfassungsgericht durch ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz vor; hiervon ist gelegentlich auch Gebrauch gemacht worden.⁴⁷ Allerdings sollte ein derart neuartiges Verfahren zu wesentlichen Angelegenheiten,⁴⁸ das zudem in Bezug auf Verfahrensgegenstand und Antragsberechtigung einen Fremdkörper im existierenden Rechtsschutzsystem darstellt, nicht allein im Wege eines einfachen Gesetzes eingeführt werden. Derart grundlegende Änderungen bedürfen vielmehr einer Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers. Soweit die Begründung des Gesetzentwurfes darauf rekurriert, das Bundesverfassungsgericht habe im Beschluss zum Syrien-Einsatz vom 17.9.2019 ausgeführt, dass die Ermöglichung verfassungsgerichtlicher Kontrolle Sache des Gesetzgebers sei,⁴⁹ liegt ein Missverständnis vor. Das Bundesverfassungsgericht legt ausdrücklich dar, dass es „Aufgabe des *Verfassungsgesetzgebers*“ sei, neue Verfahrensarten zu schaffen.⁵⁰

2. Antragsberechtigung

Auch die in § 96e des Gesetzentwurfes vorgesehene Antragsberechtigung ist nicht frei von systematischen Widersprüchen. Denn nach dieser Vorschrift soll nicht nur ein Viertel der Mitglie-

⁴⁶ BVerfGE 90, 286 (363 f.); 104, 151 (207); 118, 244 (259); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 34.

⁴⁷ Vgl. etwa §§ 97a ff. BVerfGG, § 105 BVerfGG, § 36 PUAG.

⁴⁸ Auf die Wesentlichkeit der Angelegenheit stellt die Begründung des Gesetzesentwurfes ab, vgl. Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019, S. 1.

⁴⁹ Vgl. Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019, S. 1 und S. 4.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 44. Hervorhebung durch die Verf.

der des Bundestages, sondern auch eine Fraktion des Bundestages den Antrag auf Überprüfung der Verfassungskonformität des vom Deutschen Bundestag bereits beschlossenen Streitkräfteeinsatzes stellen können.⁵¹ Hierin liegt eine ungewöhnliche, wenn nicht gar inkonsistente Verknüpfung der Antragsberechtigten einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG) mit denjenigen eines Organstreitverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG). Zudem geht § 96e des Gesetzentwurfs – anders als § 63 BVerfGG – ohne Bezugnahme auf die in der Geschäftsordnung des Bundestages mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile des Bundestages schlicht von einer Antragsberechtigung einer Fraktion des Bundestages aus. Der Grund für diese Formulierung liegt auf der Hand: Eine Bundestagsfraktion soll nach § 96e des Gesetzentwurfs gerade keine eigenen Rechte in Prozessstandschaft für den Bundestag in einer kontradiktorischen Parteistreitigkeit mit Antragsteller und Antragsgegner geltend machen, sondern vielmehr eine objektive verfassungsrechtliche Kontrolle des bereits mit der erforderlichen Mehrheit getroffenen Einsatzbeschlusses des Deutschen Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht anstrengen können. Im Ergebnis wird hier ein Gleichlauf mit dem abstrakten Normenkontrollverfahren angestrebt. Die Initiierung des anvisierten Verfahrens soll aber nicht nur – wie bei der abstrakten Normenkontrolle – einem Viertel der Mitglieder des Bundestages anheimgestellt sein. Vielmehr soll auch eine Fraktion des Bundestags als Antragsberechtigte hinzukommen.

Für objektive Beanstandungsverfahren ohne Beeinträchtigung des Antragstellers in eigenen Rechten genügt die Fraktionsstärke jedoch nicht. Sinn und Zweck der Prozessstandschaft liegen grundsätzlich darin, dass die Parlamentsminderheit Rechte des Bundestages gegen die die Bundesregierung politisch stützende Parlamentsmehrheit geltend machen kann.⁵² Effektive Oppositionsarbeit ist Bestandteil einer funktionierenden, rechtsstaatlichen Demokratie im Sinne des Art. 20 GG.⁵³ Daher hat das Bundesverfassungsgericht einen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition anerkannt.⁵⁴ Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht aber unterstrichen, dass das Grundgesetz keine spezifischen Oppositionsfraktionsrechte begründe. Die Zuweisung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte stelle eine Bevorzugung, mithin eine im Blick auf Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich unzulässige Ungleichbehandlung zu Gunsten der oppositionellen Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse gegenüber den die Regierung tragenden Abgeordneten und deren Zusammenschlüssen dar.⁵⁵ Ohne besonderen Rechtfertigungsgrund sei dem Grundgesetz eine Überbetonung des Minderheitenschutzes im Staatsorganisationsrecht, nicht zuletzt wegen der Gefahr des Missbrauchs von Minderheitenrechten, fremd.⁵⁶ Ein Grund, Minderheitenrechten zur besonderen Geltung und Durchschlagskraft zu verhelfen, wenn eine Oppositionsfraktion gegen die Ansicht der Parlamentsmehrheit in einem konkreten Streitkräfteeinsatz einen Verfassungs- und Völkerrechtsverstoß zu erkennen glaubt, ist nicht ersichtlich. Insbesondere Art. 24 Abs. 2

⁵¹ Vgl. Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019, S. 2 und 4.

⁵² BVerfGE 68, 1 (77 f.); 90, 286 (344); 121, 135 (151); 123, 267 (338 f.); 139, 194 (220); 142, 25 (49); BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019, 2 BvE 2/16, Rn. 25 f.

⁵³ BVerfGE 142, 25 (55 ff.).

⁵⁴ BVerfGE 142, 25 (57).

⁵⁵ BVerfGE 142, 25 (60 f.).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 142, 25 (67 ff.).

GG enthält keinerlei Hinweise auf spezifische Rechte des Bundestages⁵⁷ – und erst recht nicht auf spezifische Fraktionsrechte. Vielmehr stellt Art. 24 Abs. 2 GG eine Norm des objektiven Verfassungsrechts dar.⁵⁸

III. Verfahrenstechnische Ungereimtheiten der Ausgestaltung des Verfahrens nach dem Gesetzentwurf

Ferner weist der Gesetzentwurf verfahrenstechnische Ungereimtheiten in Bezug auf die Antragsfrist, den Verfahrensgegenstand und die Rechtsfolgen eines erfolgreichen Antrags auf.

1. Antragsfrist

So ist der Antrag gemäß § 96f des Gesetzentwurfes binnen drei Monaten nach dem Zustimmungsbeschluss des Deutschen Bundestages zu stellen. Hingegen soll das Bundesverfassungsgericht nach § 96g des Gesetzentwurfes dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung Gelegenheit zur Stellungnahme binnen einer von ihm zu bestimmen Frist geben, die jedoch nicht länger als einen Monat betragen soll. Begründet wird diese kurze Frist zur Stellungnahme mit dem Gebot der Verfahrensbeschleunigung und dem Umstand, dass „jedenfalls die Bundesregierung zu den wichtigen Fragen ohnehin vorab gründliche Prüfungen vorgenommen haben muss, die eine kurzfristige Erwiderung möglich machen sollte“.⁵⁹ Gegen diese Annahme ist prinzipiell nichts zu erinnern. Es verbleibt aber die Frage, weshalb die Antragsfrist in § 96f des Gesetzentwurfes mit bis zu drei Monaten im Vergleich so großzügig bemessen ist? Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung im Interesse von Rechtssicherheit und Bündnissolidarität trifft doch auch die in § 96e des Gesetzentwurfes näher bezeichneten Antragsteller (ein Viertel der Mitglieder des Bundestages oder eine Fraktion des Bundestages). Dies gilt umso mehr, als sich der Bundestag und seine Fraktionen vor der Beschlussfassung nach § 1 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 3 Parlamentsbeteiligungsgesetz (ParlBG) mit den verfassungs- und völkerrechtlichen Rechtsfragen des konkreten Streitkräfteeinsatzes in den Ausschüssen und im Plenum intensiv auseinandergesetzt haben. Der Einsatz der Streitkräfte im Ausland steht im Entscheidungs- und Handlungsverbund und in der gemeinsamen Verantwortung von Bundesregierung und Parlament.

2. Verfahrensgegenstand

Darüber hinaus ist der Gesetzentwurf im Blick auf den Verfahrensgegenstand unvollständig. § 96e des Gesetzentwurfes stellt allein auf den konstitutiven Zustimmungsbeschluss des Bundestages zum Einsatz der Streitkräfte ab. Mit keinem Wort äußert sich die Vorschrift aber zu denjenigen Fällen, in denen die Bundesregierung aufgrund ihrer Eilkompetenz bei Gefahr im Verzug gemäß § 5 ParlBG alleine handelt und sich die Beteiligungspflicht des Parlaments bei

⁵⁷ Heiko Sauer, in: Rensen/Brink, a.a.O., S. 606 f.

⁵⁸ Dietrich Murswiek, Die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge: verfassungsrechtliche Grenzen und Kontrolle im Organstreit, NVwZ 2007, S. 1130 (1132).

⁵⁹ Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019, S. 5.

abgeschlossenen Einsätzen ausnahmsweise in ein unverzügliches und qualifiziertes Unterrichtungserfordernis durch die Bundesregierung umwandelt.⁶⁰

3. Rechtsfolge eines erfolgreichen Antrags

Schließlich greift die in § 96h des Gesetzentwurfs vorgesehene Feststellungswirkung als Rechtsfolge eines erfolgreichen Antrags zu kurz. Als faktische Rechtsfolge des Feststellungstenors nennt die Begründung des Gesetzentwurfs, dass die Bundesregierung den Einsatz unmittelbar beenden müsse.⁶¹ Dabei wird aber übersehen, dass die Bundesregierung den Streitkräfteinsatz im Regelfall gerade nicht allein, sondern diesen in einem institutionellen Handlungsverbund gemeinsam mit dem Bundestag verantwortet. Der Parlamentsbeschluss nach § 1 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 3 ParlBG wirkt konstitutiv,⁶² solange der Bundestag nicht von seinem Rückholrecht nach § 8 ParlBG Gebrauch macht. Um die mit dem anvisierten Verfahren bezweckten Wirkungen zu erzielen, müsste der Tenor also zum Teil rechtsgestaltend ausfallen, indem etwa das Bundesverfassungsgericht den Parlamentsbeschluss *ex nunc* aufhebt.⁶³ Damit würden aber Entscheidungs- und Handlungskompetenz zum Einsatz von Streitkräften im Ausland der ersten und der zweiten Gewalt im Ergebnis entzogen und dem Bundesverfassungsgericht überantwortet.

IV. Ergebnis

Von der Einführung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland ist aus den vorstehenden Gründen abzusehen. Ergänzend gebe ich zu bedenken, welche politischen Signalwirkungen ein solches Verfahren, wäre es vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig, nicht nur gegenüber den Bündnispartnern, sondern auch gegenüber den sich im Auslandseinsatz befindlichen Soldatinnen und Soldaten hätte.

gez. Prof. Dr. Stefanie Schmahl

⁶⁰ BVerfGE 140, 160 (202 f.).

⁶¹ Bundestags-Drucksache 19/14025 vom 15.10.2019, S. 5.

⁶² BVerfGE 90, 286 (381 ff.); 140, 160 (187 f.).

⁶³ Vgl. Heiko Sauer, Tücken einer verfassungsgerichtlichen Legalitätskontrolle von Auslandseinsätzen, Verfassungsblog on matters constitutional, 7.1.2020 (abrufbar unter www.verfassungsblog.de).