

Stellungnahme Prof. Dr. Pierre Thielbörger, M.PP. (Harvard)*

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BVerfGG:

Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland (Drucksache 19/14025 vom 15. Oktober 2019)

Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags,

13. Januar 2020, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

A. Einführung

Der Gesetzentwurf wirft Fragen auf, die an der Schnittstelle von Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verfassungspolitik liegen. Dieses Gutachten widmet sich drei Fragen. Erstens, was ist der momentan gültige verfassungs- und völkerrechtliche Rahmen für Auslandseinsätze der Bundeswehr? Zweitens, in welcher Form können diese Einsätze gegenwärtig durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) überprüft werden, und was ist das verfassungspolitische Für und Wider einer Ausweitung dieser Kontrolle? Und drittens, für den Fall, dass eine solche Ausweitung verfassungspolitisch grundsätzlich gewollt ist, wie könnte sie sich alternativ zum vorliegenden Gesetzentwurf umsetzen lassen?

I. Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen für Auslandseinsätze der Bundeswehr

Das BVerfG hat im Streitkräfteurteil aus dem Jahre 1994 wegweisend die verfahrensrechtliche Vorgabe entwickelt, dass für einen Einsatz der Bundeswehr im Ausland die konstitutive Zustimmung des Bundestags erforderlich ist (konstitutiver Parlamentsvorbehalt).¹ Die Bundeswehr ist ein „Parlamentsheer“ und der weit bemessene Spielraum der Exekutive wird insofern durch weitreichende Mitbestimmungsrechte des Bundestags begrenzt.² Für Einsätze innerhalb eines Systems kollektiver Sicherheit ergibt sich der Anspruch des Parlaments auf Beteiligung aus Art. 24 Abs. 2 iVm Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Die verfahrensrechtlichen Vorgaben wurden 2005 im Parlamentsbeteiligungsgesetz (ParlBG)³ einfachgesetzlich explizit konkretisiert (vgl. insbesondere § 1 Abs. 2 iVm § 3 ParlBG).

* Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Ruhr-Universität Bochum (RUB). Er dankt seinen Mitarbeitern Maximilian Bertamini und Benedikt Behlert für ihre Mithilfe bei der Recherche für und die Diskussion über diese Stellungnahme.

¹ BVerfGE 90, 286.

² BVerfGE 90, 286, Rn. 321 ff.; Sauer, Staatsrecht III, S. 71/72, Rn. 11.

³ Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz), erlassen am 18.03.2005, BGBl I Nr. 17 S. 775.

Auch in Bezug auf materiell-rechtliche Vorgaben für einen Einsatz der Bundeswehr im Ausland gibt sich das Grundgesetz lakonisch. Es verbietet in Art. 26 Abs. 1 GG den Angriffskrieg und regelt in Art. 115a ff. GG den Verteidigungsfall. Diese Fallkonstellationen sind in der Praxis wenig relevant. Ansonsten dürfen die Streitkräfte nach Art. 87a Abs. 2 GG nur in solchen Fällen eingesetzt werden, die das Grundgesetz „ausdrücklich“ vorgibt. Nach herrschender Meinung bezieht sich Art. 87a Abs. 2 GG auch auf den Einsatz der Streitkräfte im Ausland⁴ und nicht bloß, wie die Gegenmeinung annimmt⁵, auf Einsätze im Inland. Das überzeugende Argument der herrschenden Meinung lautet, dass der Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland ansonsten gänzlich ungeregt wäre.⁶ Das kann weder 1949 noch heute gewollt (gewesen) sein.

Einen solchen Fall des Art. 87a Abs. 2 GG hat das BVerfG – mit einiger Phantasie aber im Ergebnis überzeugend – in Art. 24 Abs. 2 GG erblickt.⁷ Demnach darf sich die Bundesrepublik Deutschland in Systeme kollektiver Sicherheit – wie etwa die North Atlantic Treaty Organization (NATO)⁸ und die Vereinten Nationen (VN)⁹; nicht abschließend beantwortet ist dies bisher für die Europäische Union¹⁰ – eingliedern. Die Eingliederung in Systeme kollektiver Sicherheit schließt bei lebensnahe Verständnis den Einsatz der Streitkräfte im Ausland „im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems“ mit ein.¹¹ Allerdings stehen innerhalb eines solchen Systems autorisierte Einsätze der Bundeswehr unter dem Vorbehalt, *„daß [das in Rede stehende System kollektiver Sicherheit] durch ein friedenssicherndes Regelwerk und den Aufbau einer eigenen Organisation für jedes Mitglied einen Status völkerrechtlicher Gebundenheit begründet, der wechselseitig zu Wahrung des Friedens verpflichtet und Sicherheit gewährt“*.¹²

Dadurch, dass Einsätze innerhalb von Systemen kollektiver Sicherheit nur „im Rahmen und nach den Regeln“ dem Frieden verpflichteter Systeme zulässig sind, finden völkerrechtliche Fragen indirekt Eingang in das Grundgesetz. Solche Fragen können den friedlichen Charakter des Systems insgesamt oder die Vereinbarkeit konkreter Militäreinsätze mit den Regeln des Systems betreffen.

⁴ Sauer, Staatsrecht III, S. 67-71, Rn. 6ff.; Faßbender, Militärische Einsätze der Bundeswehr, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band XI, S. 671ff. m.w.N.; Franzke, NJW 1992, 3075.

⁵ Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 87a, Rn. 11ff.

⁶ Vgl. Sauer, Staatsrecht III, S. 70/71, Rn. 9.

⁷ Genau genommen hat das BVerfG offengelassen, ob es sich um einen Fall von Art. 87a Abs. 2 GG oder um eine eigenständige Ermächtigungsnorm handelt, vgl. Faßbender, para. 60. Die Einordnung in Art. 87a Abs. 2 GG liegt aber jedenfalls nahe.

⁸ BVerfGE 90, 286 (350 f.); BVerfGE 104, 151 (195); BVerfGE 121, 135 (156).

⁹ BVerfGE 90, 286 (349); BVerfGE 104, 151 (195); BVerfGE 121, 135 (157).

¹⁰ Während das BVerfG im Lissabon Urteil feststellte, die EU sei noch kein System kollektiver Sicherheit (BVerfGE 123, 267, 361), legt es im kürzlich ergangenen Syrien Beschluss nahe, dass die Lage heute vertretbarer Weise anders beurteilt werden könne (2 BvE 2/16, Rn. 52).

¹¹ BVerfGE 90, 286.

¹² BVerfGE 90, 286.

Relevante völkerrechtliche Regeln sind hier insbesondere solche der völkerrechtlichen Friedenssicherung, wie etwa das völkerrechtliche Gewaltverbot, wie es sich auch aus Art. 2 Abs. 4 der Charta der Vereinten Nationen und dem Gewohnheitsrecht ergibt.¹³ Zwar stehen diese Regeln, sofern sie sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergeben, innerhalb der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nur auf der Stufe einfacher Gesetze, da völkerrechtliche Verträge gem. Art. 59 Abs. 2 GG durch ein deutsches Gesetz in der Bundesrepublik zur Anwendung gebracht werden. Das Gewohnheitsrecht nimmt gem. Art. 25 S. 2 GG einen Zwischenrang zwischen Verfassung und einfachen Gesetzen ein. Allerdings führt die Konstruktion des BVerfG im Rahmen des Art. 24 Abs. 2 GG dazu, dass solche (eigentlich im Rang unter der Verfassung stehenden) Regeln der Friedenssicherung im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen indirekt doch verfassungsrechtlich relevant werden. Ferner hat das BVerfG mehrfach entschieden, dass das Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen ist, explizit für die Europäische Menschenrechtskonvention etwa im Fall Görgülü.¹⁴

II. Verfassungsgerichtliche Überprüfung *de lege lata* und Für und Wider einer Ausweitung

Das BVerfG erhält seine Zuständigkeit durch einen *numerus clausus* an definierten Verfahrensarten nach Grundgesetz und BVerfGG. Eine Generalklausel, die für alle anderen Fälle ebenfalls die Überprüfung staatlicher Akte gem. objektiven Verfassungsrechts vorsieht, ist dem System des BVerfG fremd.

Innerhalb der bestehenden Verfahrensarten hat sich das BVerfG in der Vergangenheit zögerlich gezeigt, über Fragen des Völkerrechts zu urteilen. Dies gilt selbst für Fälle, in denen die völkerrechtliche Legalität eines Gewalteinsatzes äußert zweifelhaft war – wie etwa im Fall der Kosovo Intervention von 1999, die die Mehrheit der Völkerrechtler und Staaten als völkerrechtswidrig ansieht.¹⁵ Das BVerfG verweigerte auch hier eine völkerrechtliche Stellungnahme.¹⁶

Diese Fragen haben das BVerfGG in der Vergangenheit stets in der Form von Organstreitanträgen erreicht. Seit 1994 ist es viermal zu einer Überprüfung solcher Bundestagsbeschlüsse gekommen:

¹³ Siehe zur völkerrechtlichen Friedenssicherung und dem Gewaltverbot im Allgemeinen Heintschel von Heinegg, Wolff, 14. Kapitel: Friedenssicherung, in: Ipsen, Völkerrecht (hrsg. v. V. Epping und W. Heintschel von Heinegg), S. 1131-1193, sowie zu Art. 2 Abs. 4 UN-Charta Randelzhofer, Albrecht/Dörr, Oliver, Article 2(4), in: Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas (Hrsg.), The Charter of the United Nations, A Commentary (3. Ausgabe 2012), S. 200-234.

¹⁴ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04.

¹⁵ v. Arnault, Völkerrecht, 4. Auflage 2019, Rn. 1147; Simma, 10 EJIL 1 (1999); Talmon, 57 GYIL 581 (2014); Independent International Commission of Kosovo, The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned, 2000; Gruppe 77, South Summit Havanna, 10.-14.04.2000, Summit Declaration § 54, abrufbar unter: http://www.g77.org/summit/Declaration_G77Summit.htm, zuletzt abgerufen am 30.01.2020.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 100, 266.

im Jahre 1994 zum Somalia-Einsatz¹⁷, im Jahre 1999 zum besagten Kosovo-Einsatz¹⁸, im Jahre 2008 zum AWACS II -Einsatz¹⁹, und nun 2019 im besagten Beschluss zum Syrien-Einsatz, der Anlass der vorliegenden Gesetzesinitiative ist. Stets hat das BVerfG diese Anträge als unzulässig verworfen, weil im Rahmen des Organstreits Kompetenzstreitigkeiten und nicht etwa davon unabhängig materiell-rechtliche Fragen entschieden werden. Damit schied eine Verletzung des Bundestages in seinen Rechten jeweils „von vornherein“ aus²⁰. Der Organstreit taugt dazu, die ordnungsgemäße Mitwirkung des Parlaments abzusichern. Er erlaubt grundsätzlich die Überprüfung des Nichteinholens eines erforderlichen Bundestagsbeschlusses²¹ und die Fortentwicklung eines Systems kollektiver Sicherheit ohne erneute Zustimmung²² des Bundestages. Er ermöglicht aber keine Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit des Auslandseinsatzes der Bundeswehr bzw. des ihn tragenden Bundestagsbeschlusses.

Ein Gebot, ein neues, umfassenderes Verfahren zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr einzuführen, das über die Möglichkeiten des Organstreits hinausgeht, begründen Völker- noch Verfassungsrecht indes nicht. Dies wurde im Beschluss des BVerfG vom 17. September 2019 zum Syrien-Einsatz²³, auf den der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen mehrfach explizit Bezug nimmt²⁴, vom BVerfG auch keineswegs behauptet. Das Gericht wies im Gegenteil auf den „weit bemessenen Spielraum“ des Gesetzgebers im Bereich auswärtiger Politik hin und stellte klar, dass es „Aufgabe des Verfassungsgebers und nicht des Bundesverfassungsgerichts“ sei, neue Verfahren zu schaffen.²⁵ Die Forderung nach einem Verfahren, in dem die Verfassungsmäßigkeit vom BVerfG abstrakt überprüft werden kann, ist nicht neu: die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hatte sie bereits 2016 (erfolglos) gestellt.²⁶ Es zeigt sich also durchaus eine *Lücke* in der Überprüfbarkeit der Einsatzbeschlüsse durch das BVerfG.

Diese Lücke ist aber keineswegs *ungenutzt*. Einerseits macht das Grundgesetz wie ausgeführt nur sehr wenige direkte völkerrechtliche Vorgaben. Beschränkte man die Überprüfung auf diese weni-

¹⁷ BVerfGE 90, 286, zuvor allerdings schon einstweiliger Rechtsschutz: BVerfG 89, 38.

¹⁸ BVerfGE 100, 266.

¹⁹ BVerfGE 121, 135.

²⁰ Bei der Lektüre des jüngsten Syrien-Beschlusses darf man indes doch vorsichtig die Frage stellen, warum eine Verletzung, die „von vornherein ausscheidet“, eine 9-seitige Betrachtung (S. 11-19) verdient.

²¹ Siehe BVerfGE 140, 160.

²² Siehe BVerfGE 118, 244.

²³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 – 2 BvE 2/16.

²⁴ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIEGRÜNEN, Drucksache 19/14025, 15.10.2019, S. 1 und 3.

²⁵ 2 BvE 2/16, Rn. 44.

²⁶ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIEGRÜNEN, Drucksache 18/8277, 28.04.2016, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808277.pdf>, zuletzt abgerufen am 24.01.2020.

gen Vorgaben, so wäre der Nutzen eines neuen Verfahrens begrenzt, denn in gegebenen politischen Realitäten werden sich die deutschen Kräfte in absehbarer beispielsweise kaum in einen klassischen Angriffskrieg iSd Art. 26 GG begeben. Weitet man die verfassungsgerichtliche Kontrolle wie oben angedeutet hingegen aus, in dem man etwa über die Konstruktion des BVerfG mit Art. 24 Abs. 2 GG oder den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes große Teile des Völkerrechts in das Grundgesetz hineinliest, würde das BVerfG plötzlich auch ein „Bundes-Völkerrechts-Gericht“. Dies kann aus verschiedenen Gründen nicht gewollt sein, da das BVerfG selbst den besonderen Entscheidungsspielraum der Exekutive in der Außenpolitik anerkannt hat, dessen parlamentarische und gerichtliche Kontrolle aus funktionalen Gründen beschränkt ist.²⁷ Außerdem sind Gerichtsurteile, abgesehen von ihrer Qualität als Rechtserkenntnisquelle (Art. 38 lit. d) IGH Statut), insbesondere dann, wenn es um Urteile oberster Gerichte geht, in besonderem Maße als Staatenpraxis iSv Art. 38 lit. b) IGH.-Statut relevant. Das BVerfG würde also in sehr viel stärkerem Maße zum Mitgestalter nicht nur der deutschen Außenpolitik, sondern auch der völkerrechtlichen Regeln insgesamt. Es bestünde überdies die Gefahr, dass oberste Staatsorgane – hier etwa Bundesregierung und BVerfG – sich widersprüchlich äußern. Argumente für eine derartige Kompetenzverschiebung in der Außenpolitik von Bundesregierung und Bundestag zur Judikative finden keinen Anhaltspunkt im Grundgesetz.

III) Alternativen und Verbesserungen zum vorgeschlagenen Verfahren

Befürwortet man eine Ausweitung der materiellen Überprüfung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr dennoch im Grundsatz, stellt sich die Frage, ob der vorgelegte Gesetzentwurf der sinnvollste Weg ist.

Es geht im Entwurf in der Sache um die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Beschlusses des Bundestags, nicht um die Abgrenzung der Kompetenzen verschiedener Verfassungsorgane. Der passendere Anknüpfungspunkt für eine solche Überprüfung ist die abstrakte Normkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und nicht der Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), auch wenn der Gesetzesvorschlag in einigen Punkten (etwa mit Blick auf die Ausdehnung der möglichen Antragsteller auch auf Fraktionen) teilweise an Zulässigkeitsvoraussetzungen des Organstreits anknüpft.

Zunächst sei bemerkt, dass die vorgeschlagene Einfügung eines neuen Verfahrens nicht der einzige Weg wäre, die materiell-rechtliche Überprüfbarkeit von Einsatzbeschlüssen des Bundestages herbeizuführen. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ermöglicht schon jetzt die Abstrakte Normkontrolle „*bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht (...) mit diesem Grundgesetze (...) auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder*

²⁷ BVerfG 2 BvE 2/16, Rn. 34; BVerfGE 121, 135, 162; BVerfGE 68, 1, 87; BVerfGE 104, 151, 207.

des Bundestages²⁸. Es ist durchaus vorstellbar, die Einsatzbeschlüsse des Bundestags, obwohl sie weder formelles noch materielles Recht sind,²⁸ unter das überprüfbare „Bundesrecht“ iSd Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zu subsumieren. Teile des Schrifttums schlagen dies schon seit geraumer Zeit vor.²⁹

Für ein solches Verständnis der Reichweite der abstrakten Normenkontrolle gibt es durchaus gute Argumente. Etwa heißt es in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG *Bundesrecht* (nicht *Bundesgesetz*), was den Prüfungsgegenstand einer weiten Auslegung eröffnet.³⁰ Außerdem legt das BVerfG den Begriff des Bundesrechts in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG traditionell eher weit aus, etwa bezogen auf verkündete, aber noch nicht in Kraft getretene Gesetze³¹. Auch die oft zitierte Völkerrechtsfreundlichkeit des GG mag ein Argument sein, den Begriff des *Bundesrechts* auch auf Einsatzbeschlüsse zu beziehen, um die Einhaltung des Völkerrechts durch die Bundesrepublik im größten Maße überprüfbar zu machen. Sollte sich dieses Verständnis von Bundesrecht iSv Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG durchsetzen, so böte sich eine Änderung des § 76 des BVerfGG dergestalt an, dass dieser in einem neuen Passus klarstellen sollte, dass Einsatzbeschlüsse in ihrer gesetzvertretenden Funktion als tauglicher Antragsgegenstand zu verstehen seien. Allerdings gibt es auch gute Gründe, Einsatzbeschlüsse des Bundestags nicht als von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG erfasst anzusehen.³²

Besonders praktisch relevant im vorliegenden Fall ist zudem, dass bei der angestrebten Kontrolle von Einsatzbeschlüssen dem BVerfG entweder nur wenige explizite Normen des Grundgesetzes als tauglicher Prüfmaßstab zur Verfügung stünden oder, falls bei völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Grundgesetzes große Teile des Völkerrechts inzident zu prüfen wären, eine fast uferlose Erweiterung des Prüfungsmaßstabes drohen würde, insbesondere des Friedenssicherungsrechts. Beide Optionen können nicht gewollt sein.

Abgesehen von dieser grundsätzlich möglichen Interpretation des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG käme auch statt der Änderung des BVerfGG die Möglichkeit einer Grundgesetzänderung in Betracht. Zwar sieht Art. 93 Abs. 3 GG ausdrücklich die Zuweisung neuer Verfahren durch das BVerfGG, und somit die Möglichkeit zur Schaffung neuer Verfahrensarten ohne Grundgesetzänderung, vor. Die bisherigen Fälle, in denen der Gesetzgeber dies getan hat³³, kommen in ihrer gesamt-politischen Bedeutung aber nicht annähernd an die hier in Rede stehende neue Verfahrensart heran, die

²⁸ Siehe Faßbender, S. 703; Epping, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Stand 87. EL 2019, Art. 115a, Rn. 126.

²⁹ Faßbender, S. 703-705; Koriath, in: Schlaich/Koriath (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018, Rn. 127; Epping, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Stand 87. EL 2019, Art. 115a, Rn. 126.

³⁰ BVerfGE 1, 396, 410; Faßbender, S. 703.

³¹ BVerfGE 1, 396, 410.

³² Walter, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand 88. EL August 2019, Art. 93, Rn. 238.

³³ Beispielsweise in den Fällen der §§97a ff. BVerfGG, 105 BVerfGG, 36 PUAG.

eine erhebliche Umverteilung der Gewalten mit sich brächte. Insofern erscheint die Änderung des Grundgesetzes selbst zumindest aus politischen Gründen angebracht. In diesem Sinne hatte das BVerfG in seinem Syrienbeschluss auch darauf verwiesen, dass der *Verfassungsgesetzgeber*, also nicht der einfache Gesetzgeber, eine neue Verfahrensart schaffen könne.³⁴

Soll die Änderung der Rechtslage aber nicht durch neue Verfassungsinterpretation und auch nicht durch Verfassungsänderung erfolgen, so bleibt in der Tat nur die Änderung des BVerfGG.

Die konkret vorgeschlagenen Änderungen sind allerdings teilweise nicht überzeugend. Gerade im Vergleich zur abstrakten Normkontrolle ist die Antragsbefugnis in § 96e des neuen Gesetzes zu weit gefasst. Die Antragsbefugnis der abstrakten Normkontrolle liegt bei Bundes- oder Landesregierungen oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages. Fraktionen, die nicht ein Viertel der Mitglieder des Bundestags auf sich vereinen, sind im Falle der Abstrakten Normkontrolle also nicht allein antragsbefugt. So sollte es auch im Falle der neuen Beschlusskontrolle sein. Dies würde einerseits sicherstellen, dass Beschlüsse über Bundeswehreinätze im Ausland nicht zum Spielball taktischen Parteikalküls einzelner Fraktionen würden. Andererseits spricht die militärische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik dafür, das höhere Quorum der Abstrakten Normenkontrolle auch für solche Anträge anzuwenden. Warum für die Kontrolle von Einsatzbeschlüssen ein geringeres Quorum ausreichen sollte als für die Kontrolle von Gesetzen, ist nicht ersichtlich.

Auch die vorgeschlagene Antragsfrist überzeugt nicht. In der vorgesehenen Form kann die Legalität des Einsatzes bei der Auslastung des BVerfG realistischer Weise erst während des oder gar nach dem Einsatz überprüft werden. Dies zieht die Verlässlichkeit der Bundesrepublik als internationaler Bündnispartner in Mitleidenschaft, was das Staatswohl im Ganzen gefährden kann.³⁵ Sie wäre überdies eine Bürde für die Soldatinnen und Soldaten, die in dem Bewusstsein in einen Einsatz geschickt würden, dass dessen Verfassungsmäßigkeit noch auf dem Prüfstand steht. Sollte der Gesetzentwurf mehrheitsfähig werden, empfiehlt sich jedenfalls die Verkürzung der dreimonatigen Frist für die Antragsteller (§ 96f) auf einen Monat, da die in der Begründung gemachten Ausführungen zur kürzeren Frist der Reaktionszeit der Bundesregierung (§ 96g) wohl auch auf eine gut organisierte Opposition zutrifft, die das BVerfG voraussetzt.³⁶

³⁴ 2 BvE 2/16, Rn. 44. Allerdings steht diese Aussage in demselben Absatz, in dem das BVerfG die Einschlägigkeit des Organstreitverfahrens diskutiert, welches ohne eine Verfassungsänderung angesichts seines in der Verfassung geregelten Prüfungsumfangs den dort behandelten Fall nicht erfassen kann.

³⁵ Vgl. BVerfGE 143, 101, 141 ff.

³⁶ BVerfGE 142, 25.

Völlig ungeregt bleibt letztlich der Fall des Einsatzes der Bundeswehr bei Gefahr im Verzug, für den kein vorheriger Beschluss des Bundestages nötig ist, sondern nur das nachträgliche In-Kennnis-Setzen des Bundestags.³⁷ Solche Einsätze bei Gefahr im Verzug blieben auch nach der Gesetzesänderung nicht überprüfbar. Sollte sich der Gesetzgeber entscheiden, Einsatzbeschlüsse materiell-rechtlich überprüfbar zu machen, wäre es nur folgerichtig, auch eine Regelung für Fälle des Einsatzes bei Gefahr im Verzuge vorzusehen, selbst wenn eine Überprüfung solcher Einsätze regelmäßig *ex post* erfolgen müsste.

IV. Gesamtwürdigung

Insgesamt steht es dem Gesetzgeber offen, Einsatzbeschlüsse des Bundestags auch einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Überzeugende verfassungspolitische Gründe dafür gibt es indes nicht. Dies würde de facto eine erhebliche Verschiebung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung zur Judikative, nämlich dem BVerfG, und eine Beschneidung des Entscheidungsspielraums von Bundesregierung und Bundestag mit sich bringen, die weder verfassungsrechtlich noch verfassungspolitisch angezeigt sind. Zudem würden sich viele Fragen des anwendbaren Rechts für eine solche Überprüfung stellen. Insbesondere wäre unklar, ob nur die wenigen expliziten Verweise des Grundgesetzes auf das Völkerrecht oder inzident auch große Teile des Völkerrechts im Ganzen zum Prüfungsmaßstab des neuen Verfahrens werden sollen. Letzteres könnte eine erhebliche Aufwertung der Bedeutung des Völkerrechts für das BVerfG und der Bedeutung des BVerfG für das Völkerrecht mit sich bringen.

Sollte sich der Gesetzgeber trotzdem entscheiden tätig zu werden, wäre die angestrebte Überprüfbarkeit von Zustimmungsbeschlüssen zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr neben dem vorliegenden Gesetzesentwurf ebenso über die Auslegung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG oder eine Änderung des Art. 93 GG denkbar. Selbst wenn die Änderung aber durch die bloße Änderung des BVerfGG erfolgte, wie im Gesetzesentwurf vorgeschlagen, sollte dringend ein höheres Antragsquorum und eine kürzere Antragsfrist erwogen werden. Auch sollte in diesem Fall eine Regelung für den Fall der Gefahr im Verzug hinzugefügt werden, weil kein Grund ersichtlich ist, diese Fälle von einem möglichen neuen Verfahren auszunehmen.

³⁷ BVerfGE 140, 160 (201-202).