



Wortprotokoll der 75. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 13. Januar 2020, 14:30 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender
Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 7

Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Luise
Amtsberg, Canan Bayram, weiterer Abgeordneter
und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung
eines Verfahrens zur Überprüfung von
Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr
im Ausland)**

BT-Drucksache 19/14025

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Verteidigungsausschuss

Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]

Abg. Sonja Amalie Steffen [SPD]

Abg. Fabian Jacobi [AfD]

Abg. Dr. Marco Buschmann [FDP]

Abg. Niema Movassat [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 3
Sprechregister Abgeordnete	Seite 5
Sprechregister Sachverständige	Seite 6
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 30

**Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input checked="" type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input checked="" type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input checked="" type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input checked="" type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input checked="" type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input checked="" type="checkbox"/>	Thies, Hans-Jürgen	<input type="checkbox"/>
	Warken, Nina	<input type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
Winkelmeier-Becker, Elisabeth	<input type="checkbox"/>	Weisergerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>	
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input checked="" type="checkbox"/>	Högl, Dr. Eva	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Heidenblut, Dirk	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input checked="" type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
	Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input checked="" type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input checked="" type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay	<input type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Mohamed Ali, Amira	<input type="checkbox"/>	Lay, Caren	<input type="checkbox"/>
	Movassat, Niema	<input checked="" type="checkbox"/>	Möhring, Cornelia	<input type="checkbox"/>
	Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/>	Renner, Martina	<input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan	<input checked="" type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian	<input type="checkbox"/>
	Keul, Katja	<input checked="" type="checkbox"/>	Künast, Renate	<input type="checkbox"/>
	Rößner, Tabea	<input type="checkbox"/>	Mihalic, Dr. Irene	<input type="checkbox"/>
	Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/>	Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/>

sowie weitere Mitglieder des Deutschen Bundestages

AfD	Lucassen, Rüdiger	<input checked="" type="checkbox"/>
FDP	Müller, Alexander	<input checked="" type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Dağdelen, Sevim	<input checked="" type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)	14, 22
Dr. Marco Buschmann (FDP)	15
Sevim Dağdelen (DIE LINKE.)	22
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28
Fabian Jacobi (AfD)	15
Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	14, 23
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	15
Niema Movassat (DIE LINKE.)	14
Dr. Wieland Schinnenburg (FDP)	28
Dr. Patrick Sensburg (CDU/CSU)	16
Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)	15, 23



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Wolfgang Ewer Rechtsanwalt, Kiel Fachanwalt für Verwaltungsrecht	7, 21, 23
Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago) Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie	8, 19, 24, 28
Prof. em. Dr. Norman Paech Universität Hamburg	9, 19, 25
Prof. Dr. Stefanie Schmahl, LL.M. (E) Julius-Maximilians-Universität Würzburg Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht	10, 18, 26
Univ.-Prof. Dr. Karsten Schneider Johannes Gutenberg-Universität Mainz Professur für öffentliches Recht, internationales Recht, Rechtstheorie	11, 17, 26
Dr. Robert Seegmüller Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin Richter am Bundesverwaltungsgericht	12, 16, 28
Prof. Dr. Pierre Thielbörger, M.PP. (Harvard) Ruhr-Universität Bochum Lehrstuhl für öffentliches Recht und Völkerrecht, insbes. Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht	13, 16, 27



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Einen schönen guten Nachmittag zusammen. Ich wünsche allen ein frohes und gesundes neues Jahr. Ich begrüße die Abgeordneten aus dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz. Ich begrüße auch Sie, liebe Sachverständige, die Vertreterinnen der Bundesregierung – heute 100 Prozent Frauenquote – und die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne. Gegenstand der Anhörung ist der Entwurf eines Gesetzes der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) auf Bundestagsdrucksache 19/14025. Ziel des Gesetzentwurfes ist es, eine verfassungsgerichtliche Kontrolle für den Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland einzuräumen. Hierfür soll in § 13 BVerfGG als Nummer 14a eine neue Verfahrensart verankert werden. Einige Hinweise zum Ablauf der heutigen Anhörung: Die Sachverständigen erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen alphabetisch – viele von Ihnen wissen das – heute also mit Herrn Ewer. An die Sachverständigen gerichtet die Bitte: Bemühen Sie sich, nicht länger als 4 Minuten zu sprechen. Sie erkennen den Zeitablauf an der rückwärtslaufenden Uhr. Nach dreieinhalb Minuten gibt es eine akustische Vorwarnung, dass es nur noch 30 Sekunden sind. Wenn die Anzeige auf Rot umspringt, sind die 4 Minuten endgültig um. Daran schließen sich die Fragerunden an – eine oder mehrere, je nachdem wie viele Fragen es gibt. Und an die Abgeordneten: Liebe Kolleginnen und Kollegen, Sie dürfen in jeder Fragerunde höchstens zwei Fragen stellen, also zwei Fragen an einen Sachverständigen oder eine Frage an zwei Sachverständige. Die Sachverständigen werden nach der ersten Fragerunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge – heute also beginnend mit Herrn Thielböcker – um ihre Antworten gebeten. Bitte halten Sie sich mit den Antworten kurz! Nach der zweiten Fragerunde gehen wir in alphabetischer Reihenfolge vor. In der dritten dann wieder umgekehrt, je nachdem wie viele Fragen sich ergeben.

Einige grundsätzliche Hinweise: Die Anhörung ist öffentlich. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht

gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte und muss ich darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht bzw. dem Strafrecht geahndet werden können. Dies gilt es auch deshalb unbedingt zu beachten, weil der betroffene Straftatbestand von der Staatsanwaltschaft von Amts wegen verfolgt wird, der Ausschuss also keinen Einfluss auf die Frage der Strafverfolgung hat. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit. Herr Ewer hat intensiv zugehört. Herr Ewer, Sie haben das Wort.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Ja, vielen Dank. Herr Vorsitzender, verehrte Mitglieder des Ausschusses. Der vorliegende Gesetzentwurf ist aus meiner Sicht interessant, begrüßenswert und wichtig. Deswegen danke ich für die Gelegenheit, hierzu Stellung nehmen zu dürfen. Das Grundgesetz (GG) enthält für die Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die internationale Staatengemeinschaft eine Reihe wichtiger Vorgaben. Es enthält insbesondere den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit. Es will, dass die Bundesrepublik sich als verlässlicher Partner und im Rahmen des Rechts in eine internationale Zusammenarbeit einbringt. Damit will das Grundgesetz einerseits verhindern, dass jemals wieder von deutschem Boden ein einseitiger Angriffskrieg ausgeht und andererseits erreichen, dass Deutschland von anderen Staaten Schutz erhält. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 24 Abs. 2 GG geschlossen, dass es der Bundesrepublik Deutschland erlaubt ist, an Militäreinsätzen im Ausland teilzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber darauf bestanden, dass ein Einsatz – außer zur Verteidigung – nur, Zitat: „[...] im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfinden kann.“ In dem vorliegenden Gesetzentwurf geht es nun darum, dass diese Vorgabe auch durchgesetzt werden kann. Bisher gibt es keinen Weg zum Bundesverfassungsgericht, wenn ein Einsatz der Bundeswehr nicht von vornherein auf einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit beruht. Der Bundestag kann wegen Art. 24 Abs. 2 GG bisher nur vor das Gericht ziehen, wenn das System gegenseitiger kollektiver Sicherheit, innerhalb dessen der Einsatz stattfindet, nicht oder nicht mehr auf ein Vertragsgesetz des Bundestags zurückgeht. Der



vorliegende Gesetzentwurf will die Lücke schließen, die entsteht, wenn es um Einsätze geht, die nicht auf Grundlage von Beschlüssen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen oder der NATO erfolgen. Das halte ich für verfassungsrechtlich sinnvoll und geboten. Im politischen Raum wird verstärkt darüber nachgedacht, dass Deutschland nicht nur zu Auslandseinsätzen hinzukommt, wenn es gefragt wird, sondern auch – ich darf die Bundesverteidigungsministerin wörtlich zitieren: – „[...] selbst die Initiative ergreifen, Impulse setzen, Optionen aufzeigen sollte.“ Bitte verstehen Sie mich nicht falsch. Ich will das in keiner Weise kritisieren oder bewerten. Es scheint mir bloß nicht fernliegend zu sein, dass es bei einem solchen Ansatz künftig durchaus zu unterschiedlichen Auffassungen darüber kommen könnte, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um vom Vorliegen eines Systems kollektiver Sicherheit ausgehen zu können und welche Vorgehensweisen als Regeln eines solchen Systems im Sinne des Bundesverfassungsgerichtes anzusehen sind. Ich glaube daher, dass die Bedeutung einer Überprüfbarkeit durch das Bundesverfassungsgericht in den nächsten Jahren tendenziell eher zunehmen wird. Ich befürchte auch nicht, dass der Vorschlag des Gesetzentwurfes zu einer allzu großen Einschränkung der Sicherheitspolitik der Bundesregierung führen würde. Es ist nach bisheriger Rechtsprechung – seit der Entscheidung zu den Ostverträgen – keineswegs zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht einen Einsatz mit einer einstweiligen Anordnung unterbinden wird. Es wird sehr wahrscheinlich erst nachträglich und nach ausführlicher Prüfung entscheiden, ob der Einsatz zulässig war. Das ist in einem Rechtsstaat aber nicht mehr als wünschenswert. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Ewer. Als nächstes hat Herr Möllers das Wort.

SV **Prof. Dr. Christoph Möllers**: Auch von meiner Seite vielen Dank für die Gelegenheit, hier etwas sagen zu dürfen. Ich möchte drei Punkte machen: Einen zum Status des Prozessrechts – Was machen wir hier eigentlich? –, einen zur Frage, ob es sich empfiehlt, das einzuführen, und einen zur konkreten Ausgestaltung. Zum Ersten ist es,

glaube ich, wichtig, sich in der Systematik des Prozessrechts nochmal klar zu machen, dass wir ein enumeratives Prozessrecht haben. Das heißt, dass es keine allgemeine Regel gibt, die sagt: „Verfassungsgerichtliche Kontrolle ist erwünscht oder nicht erwünscht“, sondern dass wir im Prinzip sagen müssen: „Wir treffen konkrete rechtspolitisch begründbare Entscheidungen für oder gegen eine Kontrolle.“ Das heißt, dass – anders als im Verhältnis zwischen Bürger und Staat – wir sowas wie eine Rechtsschutzgarantie nicht haben. Sondern wir haben ein offenes Prozessrecht, das gesetzlich ausgestaltet werden kann, aber nicht muss. Deswegen ist die ganze Frage – das scheint mir sehr wichtig zu sein – erstmal eine rein rechtspolitische, keine verfassungsrechtliche Frage zu sein. Es gibt keine verfassungsrechtlichen Determinanten, die uns vorgeben, ob wir das machen oder nicht. Aber es gibt auch keinen Bedarf, es verfassungsrechtlich zu regeln. Das Prozessrecht ist erstmal einfachgesetzliches Recht und man muss auch das Verfassungsrecht nicht ändern, um die Sache einzuführen. Zweitens vom Status quo her – in der Tat – und da kann ich mich dem anschließen, was Herr Ewer gerade gesagt hat, haben wir es mit einem durchaus ungewöhnlichen Fall zu tun. Wir haben materiell-verfassungsrechtliche Vorgaben für die bewaffneten Auslandseinsätze. Es gibt Regeln. Aber diese Regeln sind wenig klar und sie sind nicht verfassungsgerichtlich kontrollierbar und nicht determiniert, so dass die Unsicherheit auf diesem Feld vergleichsweise groß ist, insbesondere bei Sachverhalten, in denen wir außerhalb von NATO und UN operieren. Ein Beispiel ist der Libyen-Einsatz, die Operation „Pegasus“, die ja im Grunde auch vor dem Gericht gelandet ist mit einem Verfahren, das dann an der Begründetheit gescheitert ist. Ob das wirklich geht, dass die Bundeswehr da so nach Libyen fliegt, wissen wir eigentlich nicht. Nicht wahr? Man kann sicherlich viele Argumente dafür anführen. Aber es ist eigentlich eine offene Frage. Das ist für unser Verfassungsrecht, das relativ stark verfassungsgerichtlich determiniert ist, ein ungewöhnlicher Zustand gerade. Ich glaube, die rechtspolitische Aufgabe, die auf die Abgeordneten zukommt, ist, sich die Frage zu stellen, ob das jetzt ein Problem darstellt, dass wir so ein hohes Maß an Unsicherheit haben oder ob das die Lösung ist. Ich persönlich halte es für ein



Problem, weil ich glaube, dass die Frage von bewaffneten Einsätzen eine massiv politisch relevante ist, die in die Rechte von Soldaten und anderen Beteiligten eingreift, so dass man nicht nonchalant nach dem Motto „Wir wissen es nicht, also können wir es machen“ vorgehen kann. Aber ich sehe durchaus auch, dass man es auch andersrum sehen und nochmal die Frage stellen kann: Inwieweit will man eigentlich außenpolitisch verbindliche Vorgaben machen, die die Bundesregierung dann ausfüllen muss? Also naturgemäß sind es eher Oppositionsparteien als Regierungsparteien, die das wollen, und es sind eher Parteien, die skeptischer gegenüber Auslandseinsätzen sind als solche die weniger skeptisch sind, die das grundsätzlich wollen. Weil klar ist, dass mit dieser Kontrolle de facto eher weniger erlaubt sein wird als mehr. Das ist ja klar. Es ist eine Kontrollebene mehr. Wenn sie relevant wird, dann wird sie nur negativ relevant. Trotzdem würde ich im Ergebnis sagen: „Es ist relativ ungewöhnlich.“ Es bleibt eine Frage, die dann halt doch auch – und das wissen wir nun aus der Rechtsprechung – massiv verfassungsrechtlich determiniert und im Grunde wenig geklärt ist. Und nochmal: Man muss die Frage stellen, ob man hier diese Unsicherheit tatsächlich haben möchte. Denn es ist andererseits auch klar, dass in dem Augenblick, in dem die materiellen Probleme zu groß werden, das Gericht immer Mittel und Wege finden wird, darüber eine Entscheidung zu treffen – auch auf anderem Wege. Das ist klar. Und dann ist die Frage, ob man das nicht lieber kontrolliert haben will als unkontrolliert offen. Letzter Satz in meinen verbleibenden 10 Sekunden: Das Verfahren orientiert sich – würde ich sagen – systematisch vor allem an dem der abstrakten Normenkontrolle. Die eine Frage, die man sich dann nochmal stellen sollte, ist, ob das Quorum über Fraktionen tatsächlich angemessen ist – systematisch vielleicht eher nicht. Die zweite Frage wäre, ob die Fristen, die dort eingeräumt werden, nicht etwas zu lang sind. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Möllers. Als nächstes hat das Wort Herr Paech.

SV **Prof. Dr. Norman Paech**: Ja, meine Damen und Herren, Herr Vorsitzender. Auch von mir, vielen Dank. Ich kann mich Herrn Möllers anschließen.

Das ist im Grunde keine juristische, sondern eine politische Frage, die hier im Raum steht. Es geht um die Frage: Wie weit soll man die Kontrollmöglichkeiten des Parlaments ausdehnen? Es handelt sich auch um eine Form der Selbstkontrolle, weil es ja darum geht, die Entscheidung der Mehrheit anzugreifen. Der Ausgangspunkt meiner Überlegungen – und deswegen unterstütze ich auch den Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – ist, dass wir bisher mehrere unstreitig völkerrechtswidrige Entscheidungen zu Auslandseinsätzen gehabt haben. Einmal – ohne das weiter ausführen zu können – in den Jahren 1998 und 1999 anlässlich des Jugoslawien-Kosovo-Krieges. Der damalige Bundeskanzler, Gerhard Schröder, hat es selbst eingeräumt. Auch der Einsatz in Syrien ist ohne jede völkerrechtliche Basis. Aber nicht nur das. Es gibt in der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen sehr strittig behandelte Fragen, insbesondere auch anlässlich des Krieges gegen den Irak im Jahr 2003, die Rolle der US-Basen in Ramstein im Drohnenkrieg und letztlich die nukleare Teilhabe. Das sind alles Fragen, die – meines Erachtens – dringend einer verfassungsrechtlichen Klärung bedürfen. Es bedarf der Legitimation eines politischen Einsatzes deutscher Soldaten – im Ausland wie zuhause. Die verfassungsrechtliche Basis meiner Argumentation stammt aus dem Friedensgebot. Das ist weitgehend im Grundgesetz verankert – von der Präambel über Art. 1 Abs. 2 GG bis hin zu Art. 24 GG, in Formulierungen wie „Integration in das System gegenseitiger Sicherheit“ und „Übertragung von Hoheitsrechten“. Das sind alles Probleme, die durch das Friedensgebot des Grundgesetzes verfassungsrechtlich untermauert sind. Das geht bis zu Art. 25 GG – die Bindung an Recht und Gesetz gilt natürlich auch für das Völkerrecht. Das heißt – und das ist das Wesentliche – , dass hier das Völkerrecht auch der verfassungsrechtlichen Kontrolle und der verfassungsrechtlichen Ausübung unterworfen wird. Und dann haben wir Art. 26 GG, das „Verbot der Aggression“, das „Verbot des Angriffskrieges“. All diese Artikel zeigen sehr deutlich, dass das Friedensgebot eines der ganz zentralen Verfassungsgebote ist. Dieses wird nur wirksam, wenn es auch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Die Bundesregierung hat sich erst im Jahr 2008 dem Internationalen Strafgerichtshof



unterworfen. Dem Internationalen Gerichtshof ist sie beigetreten. Das heißt, die Rolle der Gerichtsbarkeit spielt bei der Frage der Friedensstaatlichkeit eine ganz eminente Rolle. Es geht hier nicht um eine Eingrenzung oder Einschränkung der politischen Handlungsfähigkeit und des Gestaltungsspielraums der Bundesregierung oder des Parlaments. Das oberste Gebot ist die Völkerrechtsgemäßheit des Handelns – sowohl der Legislative wie auch der Exekutive. Und diese klar zu machen, bedeutet keine Einschränkung, sondern eine Unterstützung für die Legitimation des Handelns. Aber das sollte auch verfassungsgerichtlich untermauert werden. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Paech. Frau Schmahl hat das Wort.

SVe **Prof. Dr. Stefanie Schmahl**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses, de lege lata bestehen bereits hinreichende Sicherungen gegen ein etwaiges verfassungs- und völkerrechtswidriges Handeln der bei einem Streitkräfteeinsatz beteiligten Staatsorgane. So unterliegt das Vertragsgesetz zum völkerrechtlichen Integrationsprogramm einer umfassenden bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle. Auch kann das Fehlen einer Parlamentsbeteiligung beim Streitkräfteeinsatz im Organstreitverfahren gerügt werden. Zudem ist der Parlamentsbeschluss zum Streitkräfteeinsatz überprüfbar, wenn er Teil eines systemrelevanten Überschreitens des dem Zustimmungsbeschluss zugrundeliegenden Integrationsprogramms ist. Schließlich ist die materielle Verfassungsmäßigkeit eines Streitkräfteeinsatzes im Wege einer Verfassungsbeschwerde inzident kontrollierbar, wenn Grundrechtsverletzungen im Raum stehen. Darüber hinaus bedarf es keiner von der Behauptung eigener Rechtsverletzungen losgelösten abstrakten verfassungsgerichtlichen Kontrolle der materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines einfachen Parlamentsbeschlusses. Beim Einsatz der Streitkräfte geht es, solange und soweit dieser auf einer vertretbaren Auslegung des Völkerrechts beruht, um genuin außenpolitisches Handeln von Regierung und Parlament. Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt ist im Bereich der Streitkräfteeinsätze beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht darf nicht der Gefahr einer Politisierung ausgesetzt werden. Außerdem

bestehen an dem Gesetzentwurf verfassungs- politische Bedenken. Es erscheint nicht angezeigt, lediglich das BVerfGG zu ändern ohne eine Verfassungsänderung vorzunehmen. Zwar sieht Art. 93 Abs. 3 GG die Möglichkeit einer Rechtswegeröffnung zum Bundesverfassungsgericht durch ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz vor. Allerdings sollte ein Verfahren, das in Bezug auf Verfahrensgegenstand und Antragsberechtigung einen Fremdkörper im existierenden Rechtssystem darstellt, nicht allein im Wege eines einfachen Gesetzes eingeführt werden. Das Bundesverfassungsgericht legt im Beschluss zum Syrien-Einsatz ausdrücklich dar, dass es Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers sei, neue Verfahrensarten zu schaffen. Auch die im Gesetzentwurf vorgesehene Antragsberechtigung ist nicht frei von systematischen Widersprüchen. In ihr werden die Antragsberechtigten einer abstrakten Normenkontrolle mit denjenigen eines Organstreitverfahrens auf zumindest ungewöhnliche Weise verknüpft. Für ein objektives Beanstandungsverfahren ohne eine Beeinträchtigung des Antragstellers in seinen eigenen Rechten genügt die Fraktionsstärke nicht. Ohne besonderen Rechtfertigungsgrund ist dem GRUNDGESETZ eine Überbetonung des Minderheitenschutzes im Staatsorganisationsrecht fremd. Ein Grund, Minderheitenrechten zu besonderer Durchschlagskraft zu verhelfen, wenn eine Oppositionsfraktion gegen die Ansicht der Parlamentsmehrheit in einem Streitkräfteeinsatz einen Verfassungs- und Völkerrechtsverstoß zu erkennen glaubt, ist nicht ersichtlich. Ferner weist der Gesetzentwurf verfahrenstechnische Ungereimtheiten auf. Die Antragsfrist ist mit drei Monaten zu großzügig bemessen. Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung im Interesse von Rechtssicherheit und Bündnissolidarität trifft nicht nur die Bundesregierung und den Bundestag, sondern auch die Antragsteller. Außerdem ist der Gesetzentwurf im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand unvollständig. Er stellt allein auf den konstitutiven Zustimmungsbeschluss des Bundestages zum Streitkräfteeinsatz ab. Er äußert sich aber mit keinem Wort zu denjenigen Fällen, in denen die Bundesregierung aufgrund ihrer Eilkompetenz bei Gefahr im Verzug ausnahmsweise alleine handelt. Schließlich greift die im Gesetzentwurf vorgesehene Feststellungswirkung als Rechtsfolge



eines erfolgreichen Antrags zu kurz. Die Bundesregierung verantwortet den Streitkräfteinsatz im Regelfall nicht allein, sondern in einem Handlungsverbund gemeinsam mit dem Bundestag. Der Parlamentsbeschluss wirkt konstitutiv, solange der Bundestag nicht von seinem Rückholrecht Gebrauch macht. Um die mit dem Verfahren bezweckten Wirkungen zu erzielen, müsste der Tenor also zum Teil rechtsgestaltend ausfallen, indem etwa das Bundesverfassungsgericht den Parlamentsbeschluss ex nunc aufhebt. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Schmahl. Herr Schneider hat das Wort.

SV Prof. Dr. Karsten Schneider: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, der Gesetzentwurf schafft beachtliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage: Kann und wird der Zweite Senat zukünftig an Vertretbarkeitskontrollen festhalten können oder müssen in der neuen Verfahrensart alle Rechtsfragen – und zwar einschließlich völkerrechtlich umstrittener Vorfragen – in Karlsruhe entschieden werden? Insbesondere ist unklar, ob der Zweite Senat Fragen des Völkerrechts auch dort entscheiden muss, wo kein Staatenkonsens nachweisbar ist. Weder aus dem Gesetzentwurf, noch aus der Rechtsprechung des Zweiten Senats ergibt sich deutlich, welche Prüfungsmaßstäbe an die Stelle der bisherigen Prüfprogramme treten werden, die bislang aus prozessualen Gründen die Organstreitverfahren betreffend Auslandseinsätze geprägt haben. These 2: Die rechtspraktische und verfassungspolitische Relevanz der Rechtsunsicherheit über das Fortbestehen der Vertretbarkeitskontrollen ist hoch. Völkerrechtliche Rechtsfragen sind Vorfragen für die Auslegung der unmittelbar einschlägigen Grundgesetzbestimmungen – etwa Art. 24 Abs. 2, Art. 25 und Art. 26 GG. Dabei besteht jenseits des Selbstverteidigungsrechts und der Ermächtigung durch den UN-Sicherheitsrat ein weites Spektrum umstrittener Rechtfertigungsgründe. Diese beziehen sich auf Typen der Gewaltanwendung, die sich nach dem gegenwärtig als abgesichert zu betrachtenden Stand der Völkerrechtsentwicklung in einer Grauzone zwischen klarer Völkerrechtswidrigkeit und verlässlicher Rechtfertigung bewegen. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes entfalten dabei keine völkerrechtliche

Bindungswirkung, wohl aber unilateral, verfassungsrechtliche Bindungswirkung für deutsche Staatsorgane. These 3: Zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit erscheint folgende Ergänzung von § 96e Abs. 1 BVerfGG-E angezeigt: „Den Antrag auf Überprüfung, ob ein Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz übereinstimmt und nicht offensichtlich gegen Völkerrecht verstößt, können ein Viertel der Mitglieder des Bundestages stellen.“ These 4: Ein verfassungsrechtlicher Auftrag an den Gesetzgeber, das neue Verfahren zu schaffen, besteht nicht. Die zitierte Urteils Passage ist eine Standardabwehrung auf das Argument vermeintlicher Wertungswidersprüche im Verfassungsprozessrecht. Verfassungspolitische Gründe sprechen gegen ein Antragsrecht der Fraktionen. Das verfassungsgerichtliche Verfahren wird hier ohne Sachgrund politisiert. Wenn und soweit der Gesetzgeber sicherstellen möchte – wofür aus meiner Sicht nichts spricht –, dass jeder zukünftige Beschluss des Deutschen Bundestages in Karlsruhe überprüft wird, könnte er ein Antragsrecht für „Jedermann“ vorsehen, analog zur Verfassungsbeschwerde. These 5: Es erscheint außerdem angezeigt, § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG zu ergänzen. Anderenfalls ergeben sich sicherheitspolitisch heikle Unsicherheiten hinsichtlich der Abstimmungserfordernisse über völkerrechtliche Vorfragen. Die allgemeine Regel des Verfassungsprozessrechts sieht nur vor, dass bei Stimmgleichheit ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden kann. In völkerrechtlichen Verifikationsverfahren – Art. 100 Abs. 2 GG – findet § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG jedenfalls keine unmittelbare Anwendung. Unklar ist deswegen etwa das Szenario der Stimmgleichheit über das Vorliegen eines völkerrechtlichen Ausnahmetatbestands gegenüber dem Gewaltverbot. Ob hier ein Verstoß gegen das Grundgesetz festgestellt werden muss, weil das Vorliegen eines völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes nicht festgestellt werden kann, ist eine Rechtsfrage, die eher im Gesetz geklärt werden sollte, als durch die Rechtsprechung des Zweiten Senats. Als Formulierungsvorschlag bietet sich an: „Bei Stimmgleichheit kann ein Verstoß gegen Völkerrecht nicht festgestellt werden.“ Vielen Dank.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes hat das Wort Herr Seegmüller.

SV Dr. Robert Seegmüller: Vielen Dank für die Gelegenheit, hier eine Stellungnahme abgeben zu dürfen. Bedarf die Mehrheit des Deutschen Bundestages und die von ihr getragene Regierung bezüglich ihrer Einsatzentscheidungen einer Kontrolle durch die Minderheit des Deutschen Bundestages und durch das Bundesverfassungsgericht? Das ist eine politische Frage, die man so beantworten kann, wie der Gesetzentwurf das tut. Allerdings kann man es nicht so regeln, wie der Gesetzentwurf das vorschlägt. So geht es meiner Ansicht nach nicht. Deutsche Streitkräfte dürfen auch im Ausland nur zur Verteidigung eingesetzt werden und soweit das Grundgesetz es im Übrigen zulässt. Das ordnet Art. 87a Abs. 2 GG an. Daneben ist der Einsatz nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes im Rahmen von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit gemäß Art. 24 Abs. 2 GG zulässig. Zudem bedarf der Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland der konstitutiven vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestages. Findet der Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit statt, müssen zudem die Zustimmungrechte des Deutschen Bundestages, bei Einordnung in dieses System nach Art. 59 Abs. 2 GG gewahrt werden. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland sind objektives Verfassungsrecht. Die zuletzt genannten Zustimmungsvorbehalte begründen dagegen subjektive Rechte des Deutschen Bundestages. Dem entspricht es, wenn der Deutsche Bundestag nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes im Wege des Organstreitverfahrens nur die Einhaltung dieser Zustimmungsvorbehalte, nicht aber die rein materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz der deutschen Streitkräfte überprüfen lassen kann. Ein Gesetzgebungsvorhaben zur Erweiterung der verfassungsgerichtlichen Kontrollmöglichkeiten beim Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland darf nicht nur Verfassungsprozessrechte in den Blick nehmen, es muss vor allem und vorrangig die materielle Rechtslage betrachten. Am Anfang muss die Entscheidung darüber stehen, wer zukünftig befugt sein soll, die Einhaltung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Einsatzes deutscher Streitkräfte im Ausland

geltend zu machen. Anschließend muss sichergestellt werden, dass die neu geschaffene Rechtsposition auch in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden kann. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll die Frage überprüfbar werden, ob ein Einsatz sich im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit hält. Zusätzlich sollte – wenn man diesen Weg gehen möchte – auch über die bisherige Intention hinaus, die Frage kontrollierbar werden, ob ein Einsatz, der sich nicht im Rahmen eines solchen Systems hält, im Übrigen etwa zur Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland zulässig ist. Außerdem soll kontrollierbar werden, ob ein Einsatz mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts vereinbar ist. Dieses Ziel kann durch eine Versubjektivierung der genannten Vorschriften zugunsten eines Teils des Deutschen Bundestages erreicht werden. Denkbar ist aber auch, einem Teil des Deutschen Bundestages nach Art eines Verbandsklagerechts einen materiell-rechtlichen Kontrollanspruch hinsichtlich der genannten Normen einzuräumen. In beiden Fällen bedeuten die materiell-rechtlichen Änderungen der Sache nach eine Änderung – oder jedenfalls eine Ergänzung – von bestehendem Verfassungsrecht. Es spricht daher viel dafür, dass beide Alternativen nur im Wege einer Verfassungsänderung realisiert werden können. Wohl deswegen verweist das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Frage, wie die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Einsatz der Streitkräfte im Ausland einer direkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können, auf den Verfassungsgesetzgeber. Frau Professor Schmahl hat es gerade schon zitiert. Träger des subjektiven Rechts bzw. des Kontrollanspruches kann nur eine qualifizierte Minderheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages sein. Die Zahl darf nicht zu groß bemessen werden, damit die angestrebte Kontrollmöglichkeit nicht mangels Erreichbarkeit des Quorums faktisch leerläuft. Sie darf aber auch nicht zu klein bemessen sein. Es liegt nahe, sich hier an der für die Einleitung einer abstrakten Normenkontrolle erforderlichen Anzahl von Abgeordneten zu orientieren, also einem Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages. Ein darüber hinausgehendes Recht der Fraktion erscheint entbehrlich und würde zudem die Frage



aufwerfen, ob allein der Umstand, dass 5 Prozent der Abgeordneten des Deutschen Bundestages in einer Fraktion verbunden sind, es rechtfertigen kann, von dem allgemeinen Quorum, dem Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages, abzuweichen. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür sehe ich nicht. Dankeschön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Seegmüller. Als letzter Herr Thielbörger. Bitteschön.

SV **Prof. Dr. Pierre Thielbörger**: Herr Vorsitzender, vielen Dank für die Einladung. Der Gesetzentwurf wirft Fragen an der Schnittstelle zwischen Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verfassungspolitik auf. Zwei von diesen Fragen möchte ich gern beantworten. Erstens: Was sagen uns Verfassungs- und Völkerrecht zur Überprüfbarkeit von Auslandseinsätzen der Streitkräfte durch das Bundesverfassungsgericht? Und zweitens: Wie könnte ein Verfahren alternativ zu dem Gesetzentwurf aussehen, falls es dennoch gewollt wäre? Erstens, ein Gebot, ein neues Verfahren einzuführen, begründen weder Völker- noch Verfassungsrecht. Dies wurde im Syrienbeschluss auch nicht behauptet. Das Bundesverfassungsgericht hat nur auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum hingewiesen und nicht selbst eine Lücke bemängelt, sondern vermerkt, dass der Antragsteller eine solche behauptet habe. Materiell-rechtlich gibt sich das Grundgesetz in Bezug auf den Einsatz der Bundeswehr im Ausland eher lakonisch. Es verbietet in Art. 26 GG den Angriffskrieg und regelt in Art. 115a ff. GG den Verteidigungsfall. Ansonsten dürfen nach Art. 87a Abs. 2 GG die Streitkräfte nur in Fällen eingesetzt werden, die das Grundgesetz vorgibt. Einen solchen Fall hat das Bundesverfassungsgericht in Art. 24 Abs. 2 GG – mit einiger Phantasie – erkannt, nach dem sich die Bundesrepublik in Systeme kollektiver Sicherheit eingliedern darf, was den Einsatz der Streitkräfte im Ausland einschließt. Im krassen Gegensatz dazu stellen sich beim Auslandseinsatz der Streitkräfte – in der Tat – viele Fragen des Völkerrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in der Vergangenheit aber mehr als zögerlich gezeigt, über solche Fragen zu urteilen. Stets hat das Bundesverfassungsgericht die Anträge als unzulässig verworfen, weil im Rahmen des

Organstreits nicht vertieft materiell-rechtliche Fragen entschieden werden und damit bei vorigem Einsatzbeschluss eine Verletzung des Bundestages in seinen Rechten von vornherein ausschied. Es zeigt sich also durchaus eine gewisse Lücke angesichts der sehr geringen expliziten Vorgaben des Grundgesetzes. Bei der besonderen Rolle der Exekutive in der Außenpolitik und der starken Einbindung der Legislative scheint diese Lücke jedoch nicht ungewollt zu sein. Zweitens: Befürwortet man dennoch die materielle Überprüfbarkeit, stellt sich die Frage, ob der Gesetzentwurf der sinnvollste Weg ist. Es geht um Verfassungsmäßigkeit. Der passende Anknüpfungspunkt ist die abstrakte Normenkontrolle – nicht wie teilweise suggeriert wird der Organstreit. Um das gewünschte Ergebnis zu erzielen, könnte man die Einsatzbeschlüsse alternativ – obwohl sie kein Gesetz sind – unter das überprüfbare Bundesrecht gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG subsumieren, was Teile des Schrifttums auch vorschlagen. Für eine solche Ausweitung gibt es durchaus auch gute Gründe. Allerdings gibt es auch gute Gründe dagegen. Und so hat es auch das Bundesverfassungsgericht immer gesehen. Man mag das sehen wie man möchte. Jedenfalls aber sollte man sich bewusst sein, dass das vorgeschlagene Verfahren hier de facto eine Ausweitung der abstrakten Normenkontrolle darstellen würde. Ob das so ohne eine Verfassungsänderung geht, ist sehr fraglich. Eine Fassung als abstrakte Normenkontrolle hätte jedenfalls die willkommene Konsequenz, dass die Antragsbefugnis enger bliebe. Kleinere Fraktionen wären – anders als im Entwurf – nicht antragsbefugt. Warum für die Kontrolle von Einsatzbeschlüssen ein geringeres Quorum ausreichen sollte als für die Kontrolle von Gesetzen, ist überhaupt nicht ersichtlich. Zur Antragsfrist: In der vorgeschlagenen Form kann die Legalität frühestens während des Einsatzes überprüft werden. Dies zieht die Verlässlichkeit der Bundesrepublik als internationalen Partner in Mitleidenschaft. In diesem Fall würden Soldatinnen und Soldaten in dem Bewusstsein in den Einsatz geschickt, dass dessen Verfassungsmäßigkeit noch auf dem Prüfstein steht. Abschließend völlig ungeregelt bleibt der Fall des Einsatzes bei Gefahr im Verzuge, für den kein vorheriger Beschluss des Bundestages nötig ist. Sollte sich der Gesetzgeber entscheiden,



Einsatzbeschlüsse materiell-rechtlich überprüfbar zu machen, dann wäre es nur folgerichtig, auch eine Regelung für die Fälle des Einsatzes bei Gefahr im Verzuge vorzunehmen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herzlichen Dank. Damit sind wir mit der Einführungsrunde am Ende und kommen zu den Fragen der Kolleginnen und Kollegen. Mir liegen schon Wortmeldungen von Frau Keul und Herrn Movassat vor. Einige weitere kommen noch auf die Liste. Als Erste hat Frau Keul das Wort. Bitteschön.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank erstmal für Ihre Stellungnahmen. Ich hätte zu Beginn zwei Fragen an Herrn Professor Ewer. Sie hatten schwerpunktmäßig Ausführungen zum System kollektiver Sicherheit gemacht und einige der Kollegen hatten sich schwerpunktmäßig zum Völkerrecht geäußert. Wäre aus Ihrer Sicht zu befürchten, dass eine entsprechende Überprüfungscompetenz des Bundesverfassungsgerichtes sämtliche völkerrechtliche Einzelfragen und Vorfragen künftig mitzuentcheiden hätte? Wie bewerten Sie Art. 25 GG in dem Zusammenhang? Und die zweite Frage: Es hatten jetzt Einige gesagt, eine solche Überprüfungscompetenz sei ein kompletter Fremdkörper im BVerfGG und erfordere deswegen eine Verfassungsänderung. Können Sie dazu vielleicht nochmal Stellung nehmen?

Insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob nicht möglicherweise sogar eine analoge Anwendung der Normenkontrolle schon möglich ist. Hat das Verfassungsgericht dazu schon mal etwas Abschließendes gesagt? Das wären meine beiden Fragen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Keul. Herr Movassat.

Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Danke schön. Meine Frage richtet sich an Herrn Möllers und Herrn Paech. Ich würde mal kurz ein Szenario entwerfen. Nehmen wir mal an, wir hätten eine politische Mehrheit im Deutschen Bundestag, die sehr aggressiv und militaristisch denkt und die bei ordnungsgemäßer Parlamentsbeteiligung beschließt, einen Angriffskrieg gegen ein anderes Land zu führen. Man muss sich solche Szenarien mal durch den Kopf gehen lassen. Wäre nach jetziger Rechtslage dieser Akt materiell

überprüfbar durch das Bundesverfassungsgericht? Wenn das nicht so wäre, spräche das nicht gerade für eine Änderung, die das überprüfbar machte?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Brunner als Nächstes.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Herzlichen Dank an die Sachverständigen für ihre Ausführungen. Die entscheidende Frage, die wir heute in der öffentlichen Anhörung zu klären haben, ist, ob eine Ausweitung der Normenkontrollklage einfachgesetzlich möglich oder eine Verfassungsänderung erforderlich ist. Deshalb knüpft sich meine Frage, die ich gerne an Frau Professor Schmahl und Herrn Professor Thielbörger stelle, daran an. Völkerrechtliche Fragen, die sich bei militärischen Einsätzen im Ausland stellen, sind nicht ganz einfach zu beantworten – wie auch beispielsweise von Völkerrechtler Kai Ambos in der Süddeutschen Zeitung letzte Woche anlässlich des Drohnenangriffs auf den irakischen General Soleimani beschrieben. Möglicherweise könnten sich die USA sogar auf ein Selbstverteidigungsrecht berufen. Dann müssten sie dem Iran einen gegenwärtigen bewaffneten Angriff unterstellen. Oder aber es stand ein erheblicher Angriff unmittelbar bevor und die USA müssten die Fakten gegenüber dem Sicherheitsrat belegen. Wenn der Drohnenangriff völkerrechtswidrig war – wofür einiges spricht – dann würde sich der Irak mit Gegenschlägen auf den US-Stützpunkt wehren. Wären die dann wieder völkerrechtlich zulässig? Ich komme jetzt zu meiner Frage: Bundesregierung und Bundestag müssen selbstverständlich auch klären, ob ein Militäreinsatz völkerrechtlich zulässig ist oder nicht. Das ist selbstverständlich. Nur das Grundgesetz ist dabei – in meinen Augen – keine Hilfe. Da steht praktisch nichts dazu drin. Aber macht es wirklich Sinn, dass das Bundesverfassungsgericht als Hüterin des Grundgesetzes mit diesen Fragen und Entscheidungen betraut wird? Ich glaube es persönlich nicht, würde diese Frage aber gern an die beiden Sachverständigen stellen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Ullrich ist als Nächster dran.



Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei kurze Fragen. Zum einen geht es um den Begriff des Systems der kollektiven Sicherheit. Das ist ein ausfüllungsbedürftiger Begriff, der auch Aspekte des Völkerrechts umfasst und damit der Interpretation zugänglich sein muss. Ist es so, dass bereits die Bundesregierung und der Bundestag als Verfassungsorgane bei ihren Entscheidungen über die Auslandseinsätze diese Frage zu klären haben und damit die Interpretation selbst vornehmen, so dass damit bereits eine inzidente Kontrolle vorliegt? Würde man dem Gesetzentwurf folgen, würde dem Bundesverfassungsgericht ein außenpolitischer Ermessensspielraum eingeräumt, was die Kompetenzverteilung im Grundgesetz ein Stück weit verändern würde. Erfordert dies nicht eine verfassungsändernde Mehrheit? Die erste Frage bitte ich Herrn Dr. Seegmüller und die zweite Frage Herrn Professor Dr. Schneider zu beantworten. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kollege Ullrich. Herr Buschmann hat das Wort.

Abg. **Dr. Marco Buschmann** (FDP): Vielen Dank Herr Vorsitzender. Vielen Dank meine Dame und meine Herren Sachverständigen für die Einführung. Ich habe zwei Fragen, die ich beide an Herrn Professor Möllers richten möchte. Die erste zentrale Frage, die hier im Raum steht, ist die, ob eine Verfassungsänderung erforderlich wäre. Das ist zum Teil mit verschiedenen Argumenten bejaht worden. Die eine Begründung lautet: Ja, weil es ein solcher Fremdkörper ist. Die andere Begründung lautet: Ja, weil es eine materielle Erweiterung der schon bestehenden abstrakten Normenkontrolle ist. Sie hatten ja sehr pointiert vorgetragen, dass Sie der Meinung sind, dass es dem einfachen Gesetzgeber bereits möglich ist, eine solche Klageart einzuführen. Vielleicht könnten Sie dies auch im Lichte der vorgetragenen Argumente nochmal replizieren. Die zweite Frage, die ich an Sie richten möchte und die in mehreren Äußerungen eine Rolle gespielt hat: Wie gehen wir mit den Maßstäben des Völkerrechts um? Zwingen wir nicht dem Bundesverfassungsgericht möglicherweise einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der sicherheitspolitischen Lage auf, den es nicht haben soll? Nach meiner Kenntnis ist das

Bundesverfassungsgericht in solchen Situationen immer sehr behutsam mit der Frage umgegangen, wo die eigene Einschätzungsprärogative endet. Es konnte immer sehr fein ausdifferenziert erkennen, wo man dem Gesetzgeber und auch der Bundesregierung sinnvollerweise einen weiten und damit auch nicht bis in jedes Detail überprüfaren Einschätzungsspielraum überlassen muss. Deshalb würde ich Sie bitten, dieses Argument ein Stück weit einzuordnen. Könnte dies tatsächlich ein K.O.-Argument für die hier neu vorgeschlagene Verfahrensart sein?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank für die Fragen. Herr Jacobi ist als Nächster dran.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank meine Herren, meine Dame. Zwei ganz kurze technische Fragen. Die erste an Herrn Dr. Seegmüller. Sie hatten – wenn ich das richtig verstanden habe – ausgeführt, dass es zusätzlich zu den prozessualen Regelungen auch eines materiellen Anspruchs bedarf und der im Grundgesetz – und nicht nur einfachgesetzlich – geschaffen werden müsse. Sie hatten zwei Varianten aufgezeigt, in denen das wohl möglich wäre. Haben Sie da eine Empfehlung? Welche von diesen beiden Varianten wäre aus Ihrer Sicht vorzugswürdig? Hätten Sie dazu einen Formulierungsvorschlag, wie sowas im Grundgesetz verankert werden könnte? Die zweite Frage geht an Herrn Professor Möllers. Sie haben ganz kurz am Ende Ihrer Ausführung den Eilfall – Gefahr im Verzug – angesprochen und darauf hingewiesen, dass wir da eine gewisse Lücke hätten in dem hier vorgesehenen Gesetzentwurf. Hätten Sie eine konkrete Anregung, wie man diese Lücke schließen könnte? Das wären meine Fragen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster Herr Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank. Mir geht es auch nochmal um die Frage, ob wir hier tatsächlich eine Verfassungsänderung vornehmen müssen. Meine erste Frage knüpft an das an, was Herr Jacobi gerade – an Herrn Seegmüller gerichtet – gefragt hat. In der Tat, es geht letztlich um die Frage des inhaltlichen Kontrollmaßstabes, den wir neben den verfassungsprozessualen Anspruch, den wir einfachgesetzlich regeln können, materiell-



rechtlich dem Bundesverfassungsgericht an die Hand geben, indem wir fragen: Was ist jetzt eigentlich das, was du kontrollieren sollst? Da gibt es die zwei Möglichkeiten, die Sie aufgezeigt hatten: Subjektivierung auf der einen Seite und eine objektive Rechtskontrolle auf der anderen. Beide erfordern aber – so hatte ich Sie verstanden – in jedem Fall eine Verfassungsänderung und damit natürlich auch ein ganz anderes Quorum. Ich würde Sie bitten, das vielleicht nochmal in diesem Zusammenhang darzustellen. Auch wie die beiden Alternativen sich zueinander verhalten. Subjektivierung auf der einen und objektiver Rechtsschutz auf der anderen Seite. Die zweite Frage geht an Herrn Schneider. Sie hatten insbesondere auch in Ihrer schriftlichen Stellungnahme dargelegt, dass auch mit Blick auf den durch den Gesetzentwurf nicht klar geregelten, nicht offen zutage tretenden Kontrollmaßstab, eine ganze Reihe von Fragen auftreten würden, so dass wir am Ende gar nicht genau sagen könnten, was kommt denn bei einem solchen Verfahren raus. Das heißt, wir würden möglicherweise einfachgesetzlich einen Kontrollmechanismus schaffen und es damit komplett in die Hände des Bundesverfassungsgerichtes legen, was es am Ende daraus macht. Ich würde Sie bitten, nochmal in einigen Sätzen zu präzisieren, was die Folge hiervon wäre.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Sensburg bitte.

Abg. **Dr. Patrick Sensburg** (CDU/CSU): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, ich habe eine Frage an zwei Sachverständige, nämlich an Professor Schneider und Dr. Seegmüller. Was ist der Gehalt und die Definition eines Angriffskrieges nach Art. 26 GG und nach dem Völkerrecht? Ich hab die Sorge, dass losgelöst von der Auslegung dieser Begriffe, von einer Besorgnis getragen argumentiert wird, obwohl – wenn man es klar aufdröseln – im Grunde keine Schutzlücke vorliegt.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir – wenn ich das richtig sehe – am Ende der ersten Fragerunde und wir gehen jetzt mit den Antworten rückwärts vor. Danach hat Herr Thielbörger eine Frage von Herrn Brunner zu beantworten. Bitteschön.

SV Prof. Dr. Pierre Thielbörger: Vielen Dank für die Frage. In der Tat, das ist eine gute Frage. Sie beinhaltet im Grunde die Frage: Was ist damit gemeint, dass die Verfassungsmäßigkeit überprüft werden soll? Ich hatte schon in meinem Kurzvortrag gesagt, dass die expliziten Normen sehr wenige seien. Das heißt, wenn wir uns auf die vier oder fünf Vorschriften beschränken, ist vermutlich nicht sehr viel gewonnen. Wenn wir aber in diese Verfassungsmäßigkeitsprüfung beispielsweise auch die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gemäß der *Görgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes*, die so oft zitiert wird, sowie Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 25 GG, wonach das Völkerrecht Teil des Bundesrechts ist, mit einbeziehen, hätten wir auf einmal einen großen Rechtskanon, über den das Bundesverfassungsgericht zu urteilen hätte. *Erstens glaube ich nicht, dass das Bundesverfassungsgericht das möchte, und zum zweiten müssen wir uns klarmachen, was das völkerrechtlich bedeuten würde. Denn Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes haben einerseits – als Teil des Gewohnheitsrechts – die Qualität einer Rechtsquelle. Das heißt, völkerrechtlich gesehen ist das Bundesverfassungsgericht dann an der Rechtsetzung beteiligt. Zweitens ist es auf jeden Fall eine Rechtserkenntnisquelle nach Art. 38 Abs. 1 c) des IGH-Statutes. Das heißt, wir versetzen das Bundesverfassungsgericht in eine unfassbar mächtige Position, die auch im Widerspruch stehen kann zum Verhalten beispielsweise der Regierung.*

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Seegmüller hat Fragen bekommen von Herrn Ullrich, Herrn Jacobi, Herrn Luczak und Herrn Sensburg. Bitteschön.

Herr **Dr. Robert Seegmüller**: Ich fange mit der Frage von Herrn Ullrich an. Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet die Mehrheit des Deutschen Bundestages, die einem Einsatzbefehl der Bundesregierung zustimmt, und natürlich auch die Bundesregierung, die ihn erteilt, zuvor zu kontrollieren, ob alles objektive Verfassungsrecht und auch die durch Art. 25 GG in die deutsche Rechtsordnung eingegliederten allgemeinen Regel des Völkerrechts eingehalten wurden. Wenn diese Prüfung zu dem Ergebnis kommt, dass der Einsatz nicht zulässig ist, dann darf er nicht erteilt werden. Die zweite Frage ist: Muss der



Bundesregierung ein gewisser Spielraum bleiben bei der Einschätzung, ob Verfassungsrecht eingehalten wurde oder nicht? Das ist eine Art Einschätzungsprärogative, die man mit Blick auf die vielen außenpolitischen Fragen, die bei solchen Einsätzen betroffen sein können, durchaus nicht annehmen können. Wenn man sicherstellen möchte, dass tatsächlich ein solcher Einschätzungsspielraum verbleibt, müsste man ihn allerdings in einem entsprechenden verfassungsändernden Gesetz regeln, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass das Bundesverfassungsgericht dies möglicherweise enger auslegt, als der Gesetzgeber es eigentlich will. Also, wenn man es sicherstellen will, müsste man es auch entsprechend regeln, sonst könnte es sein, dass das Bundesverfassungsgericht sagt: Wir kontrollieren das jetzt ganz genau. Das wäre die Frage von Herrn Ullrich. Dann war – glaube ich – die nächste Frage von Herrn Jacobi, wenn ich das richtig in Erinnerung habe. Die Frage war letztlich, inwieweit man den einen oder den anderen Weg gehen sollte. Meine These ist: Wir brauchen eine Änderung des materiellen Verfassungsrechts, um tatsächlich zu einer Kontrollierbarkeit der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Einsatzes deutscher Streitkräfte im Ausland zu kommen. Ich habe zwei Möglichkeiten aufgezeigt. Die eine Möglichkeit ist die Subjektivierung dieser Regeln, die man kontrolliert haben möchte. Die zweite Möglichkeit wäre so eine Art Verbandsklagerecht. Der Vergleich ist ein bisschen schief. Ein Vergleich mit der Normenkontrolle ist der bessere Vergleich. In beiden Fällen müsste man das Grundgesetz ändern. Einmal müsste man den Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ändern. Im anderen Fall müsste man tatsächlich klarstellen, dass bestimmte Vorschriften des Verfassungsrechts subjektiv materiell-rechtlichen Gehalt haben sollen. Wahrscheinlich ist die Parallele zur abstrakten Normenkontrolle die bessere, weil sie systemgerechter wäre. Man müsste also den Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ändern, um sicher zu stellen, dass auch Beschlüsse des Deutschen Bundestages in diesen Zuständigkeitsbereich des Bundesverfassungsgerichts hineinfallen und dass das auch kontrolliert werden kann. Formulierungsvorschlag? Einfach Ergänzung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG um den Wortlaut nach § 1 Parlamentsbeteiligungsgesetz oder ähnliches.

Dann wurde von Herrn Luczak nochmal die Frage nach dem inhaltlichen Kontrollmaßstab gestellt. Da wiederhole ich, was ich gerade schon gesagt habe. Das Problem ist letztlich, dass das Grundgesetz limitiert, wer sich unmittelbar auf die Verfassung berufen kann. Es kann nicht jedermann das ganze Grundgesetz rechtlich geltend machen. Wenn ich die Rechte einklagbar gestalten will, muss ich diese verfassungsrechtlichen Vorschriften dahingehend modifizieren. Deswegen brauche ich am Ende, letztlich aus dem materiellen Verfassungsrecht heraus, eine Verfassungsänderung. Was ist jetzt der Unterschied zwischen den beiden Varianten? Bei der einen Variante gibt es einen bestimmten Rechtsträger, der das Recht auch als eigenes Recht geltend machen kann. Im anderen Fall wird wie bei der Verbandsklage ein Sachwalter für das Interesse aufgerufen, der dieses Interesse für alle vertreten soll. Das ist wahrscheinlich die bessere Variante. Dann ist eine Minderheit im Deutschen Bundestag der Sachwalter des Interesses, dass nur materiell verfassungskonforme Auslandseinsätze auch tatsächlich durchgeführt werden. Das wäre die von mir präferierte Variante. Stichwort „Angriffskrieg“. Definition? Da verweist die Kommentarliteratur letztlich auf das Völkerrecht und schaut, wann eine völkerrechtswidrige Aggression vorliegt. Invasion zum Beispiel ist ein Angriffskrieg. Letztlich alles, was eine völkerrechtswidrige Aggression wäre, wäre auch ein Angriffskrieg, beziehungsweise im Sinne der Definition von Art. 26 GG letztlich ein Tatbestand, der das friedliche Zusammenleben der Völker stört. Damit würde ich es auch bewenden lassen wollen. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Schneider hat Fragen von Herrn Ullrich, Herrn Luczak und Herrn Sensburg.

SV **Prof. Dr. Karsten Schneider**: Ich fange mit der Frage von Herrn Ullrich an. Da ging es – soweit ich das richtig verstanden habe – um die Frage, wer das Ermessen ausübt, das Völkerrecht zu konkretisieren. Dem ist sich jetzt schon von verschiedener Seite angenähert worden. Ich will nochmal klar sagen: Es gibt da zwei Aspekte. Wer kann die Position für die Bundesrepublik Deutschland nach außen einnehmen? Das trifft auf beide zu. Also die Bundesregierung kann nach außen die völkerrechtliche Position formulieren



und tut das auch. Aber – und das ist eben auch wichtig – die Entscheidungen des Gerichts als Verfassungsgericht des Bundes sind auch etwas, was im Völkerrecht zur Kenntnis genommen wird – als Rechtserkenntnisquelle ganz sicherlich. Das ist etwas ganz anderes als die Bindung, die wir anderen Völkerrechtsakteuren zuweisen. Aber darüber hinaus sind diese Entscheidungen bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht – das wurde auch erwähnt – einer der maßgeblichen Faktoren. Deswegen ist die Völkerrechts-Community natürlich auch an neuen Gerichtsentscheidungen interessiert, die in diesen Bereichen ergehen. Das ist grundsätzlich ein wichtiger Zuspätkompler. Faktisch ist also jeder handlungsfähig. Innerstaatlich ist die Sache dann eindeutig durch § 31 BVerfGG geklärt. Da haben wir die Bindungswirkung. Da wird die Bundesregierung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht vorbeikommen und auch im Vorfeld möglicherweise schon die politischen Implikationen einer drohenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigen müssen. Das daneben bestehende Thema der Verfassungsorgantreue – wer respektiert den Spielraum welches anderen Organs – ist etwas, das die Verfassungsorgane untereinander aushandeln. Das ist jenseits des geschriebenen Verfassungsrechts etwas, das sich aus der Praxis ergibt, und ich warne davor, zu denken, dass das Gericht zu keinem Zeitpunkt in konkreter Weise in das Völkerrecht hineinwirken wird. Das schließt auch an die Frage von Herrn Luczak nach dem Kontrollmaßstab an: Ob das jetzt wirklich so schlimm sei? Ob die Spielräume verschwinden würden oder nicht? Ich hab das ja vor allen Dingen in der schriftlichen Stellungnahme versucht deutlich zu machen, dass nicht klar ist, was aus den Spielräumen wird. Das bisherige Argument, die Bundesregierung habe weiten außen- und sicherheitspolitischen Handlungsspielraum, ist eher das Ergebnis der bisherigen Rechtslage als ein materieller Rechtssatz. Also wir haben keinen materiellen Rechtssatz, wonach die Bundesregierung mit dem Völkerrecht machen kann was sie will. Das lässt sich konkret sicherlich auch anders sehen. Man kann dem Verfassungsgericht die Befugnis zusprechen, außenpolitisch die Auffassung der Bundesrepublik Deutschland zu vertreten. Dafür spricht aber rechtspolitisch nichts. Ich gebe nur

zu bedenken – auch das wieder ausführlich in der schriftlichen Stellungnahme – die Begründung des Gesetzentwurfs macht es sehr deutlich – , dass vor allem diese Vertretbarkeitskontrolle etwas ist, das rechtspolitisch stört. Und es wird nicht eindeutig gesagt, ob auch die völkerrechtliche Vertretbarkeitskontrolle gemeint ist. Aber das legt das Gesetz insgesamt nahe. Deswegen halte ich es nicht für ausgeschlossen, dass das Verfassungsgericht dies als Position des Gesetzgebers auffasst. Das ist etwas, das man sich rechtspolitisch vorstellen kann, und ich verstehe den Gesetzentwurf so. Nur man sollte sich darüber im Klaren sein, dass das ein Anliegen ist und dass das Gericht das so verstehen könnte. Der Kontrollmaßstab könnte also kleiner werden. Gehalt und Definition des Angriffskrieges? Das knüpft – glaube ich – an die Frage an, die Herr Möllers beantworten sollte. Man hat zwei Möglichkeiten, sich dieser Frage zu nähern. Völkerstrafrechtlich ist die Sache beispielsweise im § 13 Völkerstrafgesetzbuch kodifiziert. Da haben wir strafrechtliche Grundsätze, die sehr viel enger zu verstehen sein dürften, so dass das Szenario eines Angriffskrieges von deutschem Boden wahrscheinlich kein realistisches ist. Wenn man das weiter denkt und sagt: Alles was völkerrechtswidrig ist, ist ein Angriffskrieg, dann lässt sich das beliebig weit ausdehnen. Also man bewegt sich dazwischen. Strafrechtlich wäre die Sache einfach. Für das neue Verfahren sehe ich jedenfalls keine zwingende Parallele zum Völkerstrafgesetzbuch. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank meinerseits. Frau Schmahl hat die Antwort auf eine Frage von Herrn Brunner.

SVe **Prof. Dr. Stefanie Schmahl**: Vielen Dank. In der Tat ist es so, dass sich das Grundgesetz genau zur Einbeziehung des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung verhält. Sei es über die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG oder über Vertragsgesetze nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, gegebenenfalls dann noch in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 GG zu einzelnen punktuellen Fragen des Völkerrechts. Wenn man von dem Bestand der allgemeinen Regeln des Völkerrechts und der Normenverifikation nach Art. 100 Abs. 2 GG absieht, verhält sich das Grundgesetz jedenfalls nicht im Einzelnen. Also grundlegende Fragen des Völkerrechts,



insbesondere ob ein Selbstverteidigungsrecht besteht oder nicht, die schon immer umstritten waren, dazu sagt das Grundgesetz letztlich nichts. Allerdings gibt es bereits die Möglichkeit, eine Kontrolle über Vertretbarkeitsannahmen durchzuführen. Das Bundesverfassungsgericht hat im 104. und im 108. Band bereits entschieden, dass wenn ein Zustimmungsbeschluss des Bundestages vorliegt, der ein Vertragsgesetz zum Integrationsprogramm grundlegend, evident und offensichtlich umwandelt, dann ist ungeachtet des vorliegenden Zustimmungsbeschlusses auch eine völkerrechtliche Kontrolle möglich und ein Organstreitverfahren zulässig. Mit anderen Worten: Jenseits des Gestaltungsspielraums der Bunderegierung und des Parlaments – die handeln ja gemeinsam in einem Verbund, in einem Entscheidungs- und Handlungsverbund – besteht eine Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts im Organstreit bereits jetzt, wenn es um eklatante Überschreitungen des völkerrechtlichen Maßstabes weg von der Friedenswahrung geht. Deswegen besteht aus meiner Sicht schon jetzt keine entscheidende Lücke. Es sei denn, man möchte die komplette Auslegung des Völkerrechts in die Hände des Bundesverfassungsgerichts legen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Schmahl. Herr Paech hat eine Frage von Herrn Movassat gestellt bekommen. Bitte schön.

SV Prof. em. Dr. Norman Paech: Es ist gar nicht so weit hergeholt, dass sich der Bundestag militaristisch äußert und einen Angriffskrieg entscheidet oder plant. Wenn wir über 20 Jahre zurückdenken – damals der Überfall auf Ex-Jugoslawien war hoch umstritten. Das war ein Angriffskrieg. Das hat der damalige Bundeskanzler Gerhard Schröder im Jahr 2014 auch zugestanden. Das war völkerrechtswidrig. Es gab kein Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen. Es gab kein Recht auf Selbstverteidigung nach Art. 51 Charta der Vereinten Nationen und keine Zustimmung der Regierung in Ex-Jugoslawien. Man hatte damals eine Begründung, die sogenannte humanitäre Intervention. Allerdings hatte der Internationale Gerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 – das ist der sogenannte Nicaragua-Fall – klar negiert, dass das eine völkerrechtliche Legitimation für einen Angriffskrieg darstellt.

Damals war es also schon so, dass es durchaus gut gewesen wäre – sowohl politisch, aber auch rechtlich –, wenn sich das Bundesverfassungsgericht in dieser damals – die meisten werden sich noch daran erinnern – intensiven Auseinandersetzung mit diesem Fall geäußert hätte. Das kann natürlich – und das wurde ja gesagt – international Kontroversen auslösen. Das ist nichts Seltenes. Wir haben derzeit zum Beispiel eine Kontroverse zwischen dem Obersten Gericht in Rom und dem Internationalen Gerichtshof zu Fragen der Staatenimmunität. Die stehen sich da gegenüber. Das heißt, es ist kein Argument dem Bundesverfassungsgericht das zu entziehen, weil es eine mögliche Auseinandersetzung mit dem Internationalen Gerichtshof oder dem Internationalen Strafgerichtshof gibt. Und ich will noch eines hinzufügen: Eine Lücke ist insofern schon vorhanden. Aber wenn wir uns vorstellen, dass das Grundgesetz im Jahr 1949 verabschiedet wurde – damals gab es keine Bundeswehr, da stellte sich diese Frage nicht. Jetzt aber stellt sie sich seit 1999 ganz besonders, weil die NATO von einem Verteidigungsbündnis zu einem Bündnis für internationale Interventionen ausgebaut worden ist. Also die Gefahr, völkerrechtswidrig und damit auch grundgesetzwidrig zu handeln, besteht erst in jüngerer Zeit – sagen wir mal so seit 20 Jahren. Die Angst, dass das Bundesverfassungsgericht überfordert würde, halte ich für überzogen. Klar, es möchte sich nicht gern zu völkerrechtlichen Fragen äußern. Aber ich sehe das ganz optimistisch. Das ist gemäß Art. 25 GG eine der grundsätzlichen Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts. Ich fände auch ganz gut, wenn vielleicht dadurch, dass es sich zu dieser Aufgabe bekennt, die Bedeutung des Völkerrechts als Vorfragen zu einer verfassungsrechtlichen Entscheidung nochmal unterstrichen würde, angesichts einer Völkerrechtspraxis oder „Völkerrechtsunpraxis“ aus den USA. Und ich finde, so gesehen ist so etwas politisch absolut erstrebenswert. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Paech. Herr Möllers hat Fragen gestellt bekommen – eine von Herrn Movassat, zwei von Herrn Buschmann und eine von Herrn Jacobi. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Christoph Möllers: Vielen Dank. Auch ich würde denken, dass das Angriffs-



szenario, Herr Movassat, aus den Gründen, die Frau Schmahl genannt hat, vielleicht nicht das ist, was uns wirklich weiterhilft. Weil ich glaube, dass das Bundesverfassungsgericht im Zweifelsfall, wenn es hart auf hart kommt, prozessuale Mittel und Wege finden würde, sowas zu kontrollieren. Ich würde eher pragmatisch nochmal bei dem bleiben, was wir haben oder nicht haben. Wir wissen nicht wirklich, ob der „Syrien-Einsatz“ oder der „Pegasus-Einsatz“ materiell verfassungsmäßig waren oder nicht. Und das scheint mir eine Frage zu sein, mit der die Abgeordneten des Bundestages sich einfach beschäftigen müssen. Ist das für sie eine relevante Lücke, wenn Soldaten der Bundeswehr ohne Rechtsgrundlage – sagen wir mal – in Libyen waren um deutsche Staatsangehörige zu retten, oder ist es nicht relevant? So würde ich hier argumentieren. Es ist jedenfalls schon mal erstaunlich und ungewöhnlich in unserem Kontext, dass wir eine Frage, die politisch solch ein Gewicht hat, verfassungsrechtlich gar nicht abgeklärt haben. Mit Blick auf die Fragen von Herrn Buschmann: Ich möchte doch nochmal Art. 93 Abs. 3 GG vortragen, wenn Sie gestatten. Da steht: „Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig.“ Das ist ein Gesetzesvorbehalt fürs Verfassungsprozessrecht. Die Argumentation von Herrn Seegmüller ist ehrlich gesagt etwas heterodox. Ich hab das auch noch nie so gehört. Weil es dann so wäre, dass dem Freistaat Bayern kein materielles Recht zustünde, dass Bundesgesetze dem Grundgesetz entsprächen, aber ein Antragsrecht bestünde, das überprüfen zu lassen. Ich glaube, dass das tatsächlich so nicht funktioniert, sondern dass wir hier diesen Vorbehalt des einfachen Gesetzes haben. Der Gesetzgeber kann es mit einer einfachen Mehrheit, es ist seine Verantwortung, so machen oder nicht. Und dann muss man halt sehen, dass man das gut ausgestaltet. Dasselbe gilt für das Systemargument. Weil wir ein innovatives Prinzip haben, haben wir auch kein System. Man kann immer sagen: Es ist schön oder weniger schön, das so zu lösen. Man kann sich fragen: Will man lieber die Opposition ermächtigen oder eine abstrakte Kontrolle haben? Ich persönlich wäre auch für ein höheres Quorum. Aber im Ergebnis gibt es da kein Systemargument, sondern es gibt einfach ausgewählte Fragen, die durch den

Bundestag mit einfacher Mehrheit verfassungsprozessual überprüfbar gemacht werden. Mit Blick auf die Maßstäbe – glaube ich – ist es auch richtig, was die Kollegin und Kollegen gesagt haben: Klar zu machen, dass in der Tat das Verfassungsrecht – so wie wir es kennen – mit Blick auf die Auslandseinsätze natürlich sehr völkerrechtsabhängig ist, oder sehr stark aufs Völkerrecht verweist. Das hat natürlich auch mit der bundesrepublikanischen Nachkriegsbefindlichkeit zu tun, die sagt: Wir wollen Auslandseinsätze als defensive und als international eingebundene Einsätze haben. In diesen Konsens gehört aber auch, dass wir sie rechtlich eingeehgt haben wollen. Dass wir also nicht sagen: Politische Carte Blanche für die Bundesregierung, sondern wir sagen: Das ist etwas, was auch eine Rechtsfrage ist. Und das jedenfalls – wie immer man die Frage jetzt materiell beantwortet – ist doch sehr dem Geist des Grundgesetzes entsprechend, zu sagen: Wir haben hier keinen allgemeinen politischen Vorbehalt, sondern tatsächlich eine Frage, die auch durch Recht beantwortet werden kann. Unter diesem Vorbehalt habe ich eigentlich wenig Bedenken, dass wir das Bundesverfassungsgericht überlasten, die es ja liegenlassen können, wenn sie es nicht haben wollen. Denn es ist doch gerade die hohe Kunst der Verfassungsrechtsprechung, Fragen unbeantwortet zu lassen – auch mit Blick auf die Bindungsfähigkeit. Alles andere ist dann auch – ehrlich gesagt – normales Schwarzbrot. Und natürlich gehört zur Beobachtung der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik die Beobachtung von Gerichtsentscheidungen. Da kann auch mal das Verwaltungsgericht – wie in Köln – eine Entscheidung treffen, die zur Staatenpraxis der Bundesrepublik gehört. Und so kann das auch das Bundesverfassungsgericht tun. Das ist doch eigentlich ganz normal und scheint mir jetzt nicht irgendetwas zu sein, womit wir mit Blick auf die Maßstabsetzung ein besonderes Risiko fahren. Ganz im Gegenteil wird ja immer gesagt: Ach, wir bräuchten mehr Völkerrechtstreue. Dass man ausgerechnet einem Gericht nicht zutraut, mit Völkerrecht umzugehen, das kommt mir da etwas ungewöhnlich vor, ehrlich gesagt. Allerletzter Punkt: Die Frage von Herrn Jacobi. Wir haben natürlich in der Tat mit der Libyen-Entscheidung einen überraschenden Ausspruch bekommen, der – glaube ich – auch für die



Parteien nicht ganz vorhersehbar war – nämlich, dass sich in dem Augenblick, in dem sich der Einsatz erledigt hat, die Frage der Zustimmung nicht mehr stellt. Das war sehr seltsam und ist wahrscheinlich auch mit der Gesetzeslage schwer übereinzukriegen. Aber da sind wir nun mal jetzt. Und deswegen, in der Tat, würde ich sagen, wäre die Ausgestaltung eines Eilverfahrens, das ansonsten ja immer auch ein Problem darstellt, weil es eine sehr starke Bindung schafft bei solchen Dingen, vielleicht doch nochmal in Erwägung zu ziehen. Denn die Versuchung für die Bundesregierung, „Dinge übers Knie zu brechen“, könnte sich hier besonders ungünstig auswirken. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Möllers. Und als letztes Herr Ewer mit den Antworten auf die beiden Fragen von Frau Keul.

SV **Prof. Dr. Wolfgang Ewer**: Also, die erste Frage von Frau Keul gliedert sich auf in zwei Aspekte. Der erste Aspekt ist die Frage, ob der Gesetzentwurf, würde er Gesetz, eine volle Überprüfung der Einhaltung der Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit möglich machte. Meines Erachtens wäre das nicht der Fall. Die Frage ist zu verneinen. Das neue Verfahren würde nicht jede völkerrechtliche Regel eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit zum Gegenstand haben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sind in erster Linie die Vereinten Nationen und damit die Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates ein solches System gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Es ist bekannt, dass diese Beschlüsse sehr unterschiedlich interpretiert werden und es würde nicht bedeuten, dass das Bundesverfassungsgericht in einem Verfahren nach dem vorliegenden Gesetzentwurf tief in die Auslegung solcher Resolutionen des Sicherheitsrates einsteigen müsste – nach meinem Verständnis. Das neue Verfahren nach dem Gesetzentwurf wäre vielmehr auf eine andere Frage fokussiert. Es wäre nämlich auf die Frage bezogen, ob der Beschluss über einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht würde daher nur Verstöße gegen das Grundgesetz selbst zu prüfen haben. Es würde nur um Verletzungen spezifischen Verfassungsrechts gehen. Diese Rechtsfigur ist uns aus anderen Zusammenhängen

bekannt, nämlich aus dem Verfassungsbeschwerdeverfahren. Das Bundesverfassungsgericht prüft nicht nach, ob da eine Maßnahme, die aufgrund eines Gesetzes ergriffen worden ist, mit dem Gesetz übereinstimmt, sondern es prüft, ob das Grundrecht selbst, in seiner Bedeutung und Reichweite bei der Anwendung dieses Gesetzes, verkannt worden ist. Übertragen auf das im Gesetzentwurf vorgesehene Verfahren würde das bedeuten, dass das Bundesverfassungsgericht nur zu prüfen hätte, ob der verfassungsrechtliche Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit grundlegend verkannt oder verfehlt worden ist. Mit anderen Worten: Das Bundesverfassungsgericht würde nicht zu einem Bundesvölkerrechtsgericht werden. Jetzt mal vom Völkerrechtsverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG abgesehen – Sie hatten das erwähnt, Frau Schmahl. Zum zweiten Teil der Frage von Frau Keul: Wie ist es mit Art. 25 GG, mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts? Da gilt im Grunde das Gleiche. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind nach meinem Verständnis nicht Prüfungsmaßstab. Das Bundesverfassungsgericht würde nach dem Gesetzentwurf zu entscheiden haben, ob der Einsatz mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Art. 25 S. 1 GG erklärt nun zwar die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Bestandteil des Bundesrechts. Aber dadurch werden sie nicht selbst zum Bestandteil des Grundgesetzes. Vielmehr nehmen sie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes – zuletzt im Treaty Override-Beschluss – einen Rang zwischen Bundesgesetzen und dem Grundgesetz selbst ein. Die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz setzt daher nicht die Vereinbarkeit mit dem Völkergewohnheitsrecht voraus und die Vereinbarkeit mit dem Völkergewohnheitsrecht würde nicht zum Verfahrensgegenstand vor dem Bundesverfassungsgericht gehören. Man sollte die Sachen nicht komplizierter machen als sie sind. Zweite Frage von Frau Keul: Bedarf es einer Verfassungsänderung? Herr Möllers hat das dazu Erforderliche gesagt und das ist auch anerkannt. Denken Sie bitte an § 13 Nr. 11a BVerfGG und § 36 Abs. 2 PUAG. Vorschriften, die sich bei Erlass des Grundgesetzes wahrscheinlich niemand hätte vorstellen können. Es ist anerkannt, dass sie ohne Verfassungsänderung und schlicht durch den einfachen Gesetzgeber so erlassen werden



konnten. Dann ist für mich nicht nachvollziehbar, warum bei einer Kontrolle eines solchen Handelns für das Bundesverfassungsgericht etwas anderes gelten soll. Dann haben Sie gefragt, Frau Keul, ob nicht schon das vorhandene abstrakte Normenkontrollverfahren ausreicht. Also, das ist ein Streit in der Wissenschaft. Von bestimmten Leuten – von Herrn Hillgruber zum Beispiel oder auch im Verfassungsprozessrecht von Benda/Klein – wird das so vertreten. Andere – Herr Löwer etwa oder auch im Grundgesetzkommentar von Maunz/Dürig – sehen es anders. Nach meiner festen Überzeugung geht das nicht über ein normales Normenkontrollverfahren. Sie hatten auch gefragt, ob es Rechtsprechung dazu gibt. Es gibt ansatzweise Rechtsprechung. Es gibt – ich hoffe ich kriege das noch zusammen – einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes, der betraf die Frage, ob bei einem Staatvertrag ein schlichter Parlamentsbeschluss ausreichend ist. Darin hat das Bundesverfassungsgericht maßgeblich drauf abgestellt, ob das – sozusagen – gesetzesvertretende Beschlüsse sind. Dieser Beschluss in Bayern war – sozusagen – der Ersatz einer Ratifikation, eines Zustimmungsgesetzes. Das war was ganz anderes als der Beschluss, durch den der Bundestag sich beteiligt. Das ist natürlich kein gesetzesvertretender Beschluss, das zielt auf etwas anderes ab als auf Normsetzung. Deswegen würde ich sagen, dass man das nach bestehender Rechtslage mit einem solchen abstrakten Normenkontrollverfahren nicht hinkriegt. Denn, verehrte Abgeordnete, man muss sich doch einfach eins überlegen: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes besteht eine Klagemöglichkeit, wenn eine vorhandene gesetzliche Regelung über ein System kollektiver Sicherheit über die Grenzen hinaus strapaziert wird. Aber wenn gar keine Regelung existiert, obwohl eine bestehen müsste, gibt es keine Rechtsschutzmöglichkeit. In diesem Fall besteht aber doch ein höheres Rechtsschutzbedürfnis. Ich will nicht darüber streiten. Ich stimme auch dem zu, was – glaube ich – Herr Seegmüller gesagt hat, dass das verfassungsrechtlich nicht geboten ist. Es ist eine verfassungspolitische Frage. Aber wenn man für den weniger gravierenden Fall eine Rechtsschutzmöglichkeit hat, ist es dann nicht ein Gebot der Systemkonsequenz zu sagen: Dann sollten wir sie auch für den anderen Fall haben? Und sollte man sich

dann nicht lieber überlegen: Wie kann man das so ausgestalten, dass die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Bundesregierung, die bestimmte Dinge natürlich in eigener Verantwortung beurteilen muss, und des Deutschen Bundestages, der das als oberstes Verfassungsorgan in eigener Verantwortung überprüfen muss, nicht über Gebühr strapaziert werden? Herr Seegmüller hat ja in die Richtung Vorschläge gemacht. Ich würde das von der Sache her für sinnvoll halten. Hinsichtlich des Ob und des Wie gibt es verschiedene Varianten. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Ewer. Damit sind wir am Ende der ersten Fragerunde angelangt. Ich hab für die zweite Runde zwei Fragen vorliegen – ich gucke mal in die Runde, ob sich noch weitere melden. Frau Keul? Sehe ich das richtig? Jetzt jedenfalls als erstes die Kollegin Dagdelen.

Abg. Sevim Dağdelen (DIE LINKE.): Vielen Dank Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Herrn Professor Ewer und Herrn Professor Paech. Antragsbefugt soll ein Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages oder eine Fraktion sein. Gibt es verfassungsrechtliche Bedenken oder Einwände, wenn die Antragsbefugnis auch einer Gruppe, die im Bundestag vertreten ist, eingeräumt wird?

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Herr Brunner hat eine oder zwei weitere Fragen.

Abg. Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD): Ich habe zwei Fragen: Einmal an Herrn Professor Möllers und einmal an Herrn Professor Ewer. Ich beginne mit Herrn Professor Ewer. Sie haben in Ihrer schriftlichen Stellungnahme und auch in Ihren Ausführungen – so habe ich es zumindest verstanden – vertreten, dass bei Einführung dieses Verfahrens das Bundesverfassungsgericht nur eingeschränkt prüfen würde, ob militärische Einsätze rechtlich in Ordnung sind oder nicht. Das Gericht würde insbesondere nicht prüfen, ob die allgemeinen Regeln des Völkerrechts eingehalten worden sind. Denn die allgemeinen Regeln des Völkerrechts seien ja kein Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht würde – so habe ich Sie zumindest verstanden – nur prüfen, ob ein Einsatz nach den Regeln des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfindet. Aber die Regeln unserer Systeme gegenseitiger kollektiver



Sicherheit sind doch völkerrechtliche Regeln. Die müssen eingehalten werden, sonst findet der Einsatz nicht nach den Regeln dieses Systems statt. Ich glaube, wenn wir diese Kontrolle in der Form einführen, dann wird das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich den bewaffneten militärischen Einsatz nach den Regeln des Völkerrechts prüfen. Deshalb die Frage an Sie, Herr Professor Ewer: Können Sie näher ausführen, welche völkerrechtlichen Regeln vom Bundesverfassungsgericht dann nicht geprüft werden müssen? Und an Herrn Professor Möllers die Frage: Meinen Sie auch, wie Professor Ewer, dass das Bundesverfassungsgericht hier nicht in irgendeiner Weise beschränkt würde, was den Prüfungsumfang angeht? Ich habe im Verfassungsblog gelesen, was Professor Sauer dazu schrieb. Er sagt: Wer ein solches Verfahren schafft, darf sich nicht beschweren, wenn das Bundesverfassungsgericht das als Gestaltungsauftrag annimmt. Würden Sie das ähnlich sehen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Frau Keul hat weitere Fragen.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich würde jetzt gern die beiden Kollegen, die das eher kritisch gesehen haben, nämlich Herrn Professor Schneider und auch Herrn Thielbörger nochmal fragen: Sie haben im Wesentlichen gesagt, dass die engen Voraussetzungen des Grundgesetzes hier weiter zu verstehen seien und deswegen hätten Sie Bedenken, weil alle Vorfragen des Völkerrechtes in dem Verfahren relevant werden könnten. Wenn sich der Prüfungsrahmen des Gesetzesentwurfes auf Art. 87a und Art. 24 Abs. 2 GG beschränken würde, also nur die im Grundgesetz genannten Rechtsbegriffe, nämlich der Rechtsbegriff der Selbstverteidigung und der Rechtsbegriff des Systems kollektiver Sicherheit Prüfungsmaßstab wären, wären Ihre Bedenken dann ausgeräumt?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Ullrich.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich hab eine kurze letzte Frage. Das Verfahren soll ja ein Stück weit angelehnt werden an die abstrakte Normenkontrolle des Grundgesetzes. Danach kann ein Gesetz nur verworfen werden, wenn es mit der Rechtsordnung, insbesondere mit dem betroffenen Grundrecht unvereinbar ist. Die

Frage ist schlichtweg, ob ein solcher Prüfungsmaßstab aufgrund der unterschiedlichen Auslegungen und den unterschiedlichen Völkerrechtsquellen überhaupt möglich erscheint oder ob es da nicht zu große Rechtsunsicherheiten geben würde, die das Ganze letztlich sehr unscharf machen würden. Juristisch wäre das wenig zielführend. Ich bitte jetzt Frau Professor Schmahl und Herrn Möllers die Frage zu beantworten.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Gut. Vielen Dank. Weitere Wortmeldungen sehe ich in dieser zweiten Fragerunde nicht. Wir gehen jetzt in alphabetischer Reihenfolge vor, so dass Herr Ewer als Erster antworten kann auf die Fragen von Frau Dagdelen und Herrn Brunner.

SV **Prof. Dr. Wolfgang Ewer**: Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Frau Dagdelen, rein verfassungsrechtlich spricht meines Erachtens nichts gegen die vorgeschlagene Ausgestaltung der Antragsbefugnis. Ich halte das für eine rein verfassungspolitische Frage. Verfassungspolitisch muss man bedenken, dass die Regelung von der Zielrichtung her eher mit einem abstrakten Normenkontrollverfahren, als mit einem Organstreitverfahren vergleichbar ist. Denn es geht um die Überprüfung der Einhaltung materiellen Verfassungsrechts und nicht um die Verletzung bestimmter organschaftlicher Rechte. Das könnte verfassungspolitisch als Argument gegen den jetzigen Vorschlag angeführt werden. Dafür könnte angeführt werden, dass Krieg und Frieden ein bisschen was anderes sind, als eine gesetzliche Regelung, bei der es um die Frage der Einhaltung einer EU-Norm geht. Das ist die besonders hervorgehobene Bedeutung dieser Materie. Das hat das Bundesverfassungsgericht in einem anderen Zusammenhang schon im Lissabon-Urteil hervorgehoben, was kriegerische Auseinandersetzungen nicht nur für die Bevölkerung, sondern insbesondere auch für die daran beteiligten Soldaten bedeuten – also dass das eine aus dem Rahmen fallende Bedeutung hat. Dies könnte dafür sprechen, dass man sagt: OK, auch wenn es strukturell eher mit dem abstrakten Normenkontrollverfahren vergleichbar ist, wollen wir die Ausgestaltung der Antragsbefugnis hier nicht anlehnen, sondern die Schwelle niedriger ziehen. Das wären die vorstellbaren Für- und Widerargumente. Ich bin der festen Überzeugung, dass es da verfassungsrechtlich keine zwingende



Lösung gibt, sondern dass das eine politische Entscheidung ist. Herr Brunner, eine schöne Frage, die Sie gestellt haben. Sie wollen natürlich auch eine schöne Antwort haben. Je mehr ich darüber nachdenke: Dieser Vergleich ist gar nicht so unpassend, den ich vorhin zur Verfassungsbeschwerde gemacht habe. Ja, da ist es auch so. Da müssen Sie bestimmte Vorschriften des einfachen Rechts im Lichte der Grundrechte auslegen. Sie müssen sehen, ob Umfang und Reichweite der Grundrechte richtig beachtet worden sind. Und da müsste man, wenn man diesen Gedanken jetzt überträgt, fragen: Warum ist das so mit dem Art. 24 GG? Warum ist das so mit dem System der kollektiven Sicherheit? Was hat das für eine Funktion? Ich hatte in meinem Eingangsstatement deutlich gemacht, dass er wohl historisch zwei Funktionen hat. Einmal die Funktion des Schutzes gegen den Angriffskrieg. Zum andern die Funktion der Einbettung in ein System der Sicherheit, gerade nach dem zweiten Weltkrieg und so weiter. Sie kennen die ganze Geschichte, wie das gelaufen ist. So. Wenn man von diesen Funktionen ausgeht, dann hätte man schon einen bestimmten verfassungsrechtlichen Maßstab, um sich der Frage zu nähern: Was ist mit einer Ad-hoc-Koalition der Willigen? Darüber kann man sich wahrscheinlich relativ schnell einigen. Einmaliger Vorgang, Ad-hoc-Koalition der Willigen, drei Telefonate zwischen den Staatschefs und es geht los. So. Aber was ist, wenn drei Staaten sich verständigen, künftig bei terroristischen Anschlägen in gewissem Umfang irgendwas zu machen? Ist das schon ein System kollektiver Sicherheit? Oder ist es das noch nicht? Wie gehen wir mit Verfahrensweisen um, die sich einschleifen, die gar nicht vereinbart sind? Sind das nur Usancen? Oder sind das Regeln? Damit hätte man bestimmte Maßstäbe, um sich der Frage zu nähern, welche Funktion Art. 24 GG hat. Jetzt werden Sie sagen: Das ist ja furchtbar allgemein. Ja. Aber es ist auch nicht allgemeiner als zum Beispiel die Prüfung anhand der Grundrechte, die das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen vornimmt, wenn es bei der Auslegung einfachen Rechts in Rechtsgebieten, wie im Mietrecht oder sonst etwas, manchmal aus Grundrechten des Grundgesetzes irgendwelche sehr konkreten Folgerungen ableitet. Das ist natürlich ein Problem der Abstraktion. Aber ich fürchte, was anderes wird man nicht hinkriegen. Ich fürchte,

auch eine materielle Konkretisierung wird sehr schwierig sein, weil es eine Vielzahl höchst unterschiedlicher und schwer vorhersehbarer Fallgruppen geben kann. Der Letzte, der das versucht hat, war der Gesetzgeber des Allgemeinen Preußischen Landrechts, der mit über 19.000 Regelungen versucht hat, jede Fallkonstellation des damaligen Lebens zu erfassen und schon damals damit gescheitert ist. Wir sollten es in dem völkerrechtlichen Kontext gar nicht erst versuchen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Ewer. Als nächstes hat das Wort der Kollege Möllers mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Brunner und Herrn Ullrich.

SV **Prof. Dr. Christoph Möllers**: Ja, Herr Brunner, ich kann Ihre Frage auch nicht – wie letztlich Herr Ewer – klar beantworten. Trotz Art. 25 GG denke ich in der Tat, dass das Bundesverfassungsgericht mit den anzuwendenden verfassungsrechtlichen Normen völkerrechtliche Vorfragen zu beantworten hat. Darüber kommen wir nicht hinweg. Das ist ganz klar, dass es so ist. Soll es ja vielleicht auch. Ich würde eher nochmal fragen, was das bedeutet. Und da würde ich sagen: Vielleicht ist das Wort Gestaltung da doch ein bisschen ein zu großes Wort in dem Fall. Man muss einfach sagen: Wir haben eine völkerrechtliche Staatenpraxis. Und auch wenn die Bundesregierung irgendwas macht, ist das natürlich eine Antwort auf die Frage, was völkerrechtlich geht und was nicht. Wenn die Bundesregierung in einen Krieg eintritt oder in irgendeinen bewaffneten Konflikt, dann sagt sie damit, dass das legal ist. Die deutet damit Völkerrecht – was geht und was geht nicht? Ich würde deshalb sagen: Das ist kein Unterschied. Ein Unterschied würde sich allenfalls dann ergeben, wenn wir eine konsistente Staatenpraxis hätten, und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hierzu im Widerspruch stünde. Da würde ich sagen: Klar, wir haben doch auch eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Regierungen, weil die vielleicht manche Sachen nicht machen können, die sie gerne hätten. Ob es jetzt etwas ganz Untypisches ist, oder ob das nicht einfach Teil der Übung sein soll, darüber kann man reden. Man kann sagen: Es ist im Völkerrecht alles ganz anders. Aber so ganz anders ist es vielleicht doch nicht. Die Normen sind in der Tat schwächer. Und es ist auch klar, dass in dem



Augenblick, in dem das Bundesverfassungsgericht mit der Berufung auf das Völkerrecht irgendetwas behauptet, was alle anderen Staaten anders machen, auch das Bundesverfassungsgericht genötigt sein dürfte, seine Deutung nochmal infrage zu stellen. Also, wir haben hier im Prinzip erstmal nur ein Gericht, das sich an einer Diskussion beteiligt, an der sich die Bundesregierung und der Bundestag ja sowieso beteiligen. Also scheint mir nicht ganz klar auf der Hand zu liegen, was hier so revolutionär ist. Man muss sich mit dem Gedanken vertraut machen, dass man hier einen Akteur mehr im Spiel hat, der bestimmte Spielräume im Zweifelsfall auch mal einschränken kann. Aber das scheint mir jetzt angesichts der Art und Weise, wie das Grundgesetz angelegt ist, auch nicht so etwas ganz Ungewolltes zu sein. Das führt mich zu der Frage von Herrn Ullrich. Das höre ich zum ersten Mal in einer Anhörung, dass es zu mehr Rechtsunsicherheit führen soll, wenn etwas gerichtlich überprüfbar wird. Das ist erstmal ganz interessant formuliert. Warum eigentlich? Man würde doch eher sagen, dass es zu weniger Rechtsunsicherheit führt. Dann erfahren wir, was ein Gericht dazu sagt. Klassischerweise gehen wir doch davon aus, dass rechtliche Fragen von Gerichten und nicht von anderen Akteuren beantwortet werden. Insofern würde ich es mir auch nicht so vorstellen, dass wir da jetzt eine Rechtsprechung bekommen, bei der wir überhaupt nicht mehr wissen, was wir machen können. Sondern wir bekommen natürlich durch ein unabhängiges Gericht eine eher auf langfristige Argumentation angelegte Rezeption des Völkerrechts. Das ist klassischerweise das, was wir als Rechtssicherheit bezeichnen würden. Und deswegen sehe ich das Problem nicht so. Ich sehe natürlich schon Konfliktpotential außenpolitischer Art – etwa, wenn es heißt: Ach, die Deutschen können wieder nicht mitmachen, weil ihr Gericht strenger ist als andere. Das würde ich dem Bundesverfassungsgericht aber immer zugestehen und sagen: Wenn es damit verantwortungsvoll umgeht und sagt, da liegt ein Problem, ist das völlig in Ordnung. Aber es ist andererseits natürlich auch klar, dass die Art und Weise, wie wir verfassungsrechtliche Regeln angelegt haben, anders ist, als vielleicht bei den Franzosen oder bei den Britten.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Möllers. Herr Paech hat die Antwort auf die Frage von Frau Dagdelen zu geben.

SV Prof. Dr. Norman Paech: Es ging um die Frage, ob nicht auch die Gruppe ein Antragsrecht haben könnte. Es gibt hier in dieser Runde schon eine gewisse Skepsis, ob Fraktionen überhaupt ein Antragsrecht haben sollten. Ich bin mit Herrn Ewer vollkommen einer Meinung: Verfassungsrechtlich ist das ja gar kein Problem. Dies ist eine rein verfassungspolitische Entscheidung. Und es ist auch richtig, was gesagt worden ist: Dieses Verfahren ähnelt eher einem Normenkontrollverfahren als einem Organstreitverfahren. Aber man sollte – meines Erachtens – diese Ähnlichkeit nicht so überspannen und sagen, man könne das prozessual nicht ausgestalten. Da muss man doch sagen – das hatte Herr Ewer auch schon gesagt –, die Entscheidung über Krieg und Frieden und über die Entsendung eigener Truppen, mit Auswirkungen nicht nur im Ausland, sondern auch im eigenen Land, ist etwas ganz anderes als ein normales Gesetzgebungsverfahren. Insofern würde ich das unterscheiden und der Fraktion auf jeden Fall ein Antragsrecht geben. Was die Gruppe angeht, stellt sich die Frage: Was ist eigentlich eine Gruppe? Wir hatten das ja schon mal im Parlament. Das ist im Grunde eine kleine Fraktion, der intern im Parlament allerdings gewisse Rechte vorenthalten werden. Und die Frage ist, ob man einer solchen organisierten Minorität die Antragsbefugnis zugestehen könnte, die Verfassungsmäßigkeit des Handelns des Gesamtparlaments überprüfen zu lassen. Das kann ich schon gar nicht sehen, dass das in irgendeiner Weise verfassungsrechtlich oder verfassungspolitisch bedenklich wäre. Ich kann mir vorstellen, dass die Mehrheitsfraktionen, die die Regierung bilden, dagegen sind. Das ist mir vollkommen klar. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sehe ich keinen Hinderungsgrund. Vielmehr sehe ich durchaus die Möglichkeit oder vielleicht sogar ein Erfordernis, bei solchen Fragen über Krieg und Frieden und den Einsatz der Bundeswehr im Ausland auch einer Gruppe das Antragsrecht zuzugestehen. Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Frau Schmahl hat eine Frage von Herrn Ullrich gestellt bekommen.



SV **Prof. Dr. Stefanie Schmahl:** Vielen Dank. Herr Ullrich, ich glaube, dass Ihre Frage insinuiert, dass ich Ihnen die Antwort geben kann. Ja, es handelt sich zum Teil um ein politisches Instrument mit juristischen Rechtsfolgen. Das finde ich das ganz besonders Interessante dabei. Wir haben – um uns das nochmal vor Augen zu führen – zwei Gewalten, die darüber entscheiden, ob die Bundesrepublik Deutschland überhaupt an einem System kollektiver Sicherheit teilnimmt. Wir haben ein Vertragsgesetz. Und das ist umfänglich vor dem Bundesverfassungsgericht überprüfbar. Das heißt, die Legalitätskontrolle in Bezug auf das Vertragsgesetz ist 100 Prozent möglich. Der Zustimmungsbeschluss zu einem konkreten Einsatz oder der Einsatz plus dem Zustimmungsbeschluss sind bundesverfassungsgerichtlich eingeschränkt überprüfbar. Sie sind dahingehend überprüfbar, ob es eines Zustimmungsbeschlusses bedarf, ob man sich im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses hält und drittens, ob der Zustimmungsbeschluss möglicherweise gemeinsam mit dem Vertragsgesetz zu einer neuen vertragsrechtlichen Grundlage führt, weg von der Friedenswahrung. Dann wäre ein Organstreitverfahren zulässig und statthaft und möglicherweise würde dann auch das Bundesverfassungsgericht völkerrechtliche Regeln heranziehen und gegebenenfalls feststellen, dass ein entsprechender Streitkräfteeinsatz verfassungs- und völkerrechtswidrig war. Es geht bei dem zusätzlichen Verfahren hier nicht um eine reine Legalitätskontrolle, sondern um die Fragen, ob das Selbstverteidigungsrecht beispielsweise besteht oder nicht. Das Selbstverteidigungsrecht ist seit seiner Existenz in seiner Auslegung niemals ganz unumstritten gewesen. Das heißt, es spielen dort immer auch politische Anschauungen mit eine Rolle. Und das kann man so wollen oder auch nicht wollen. Ich möchte nur darauf aufmerksam machen, dass wenn das Bundesverfassungsgericht von einer umfänglichen Kontrolle Gebrauch machte, die Rechtsfolge wäre, dass die erste und die zweite Gewalt letztlich über den Streitkräfteeinsatz nicht mehr entschieden, sondern letztlich die dritte Gewalt. Bei allen anderen verfassungsrechtlichen Fragen geht es um eine reine Legalitätskontrolle und nicht um eine politische Frage.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Frau Schmahl für diese Antwort. Als nächstes hat Herr Schneider die Antwort zu geben auf die Frage von Frau Keul.

SV **Prof. Dr. Karsten Schneider:** Zunächst die Frage von Frau Keul, ob meine Bedenken ausgeräumt seien: Ich wollte das nicht als Bedenken formulieren. Ich hab vielmehr die Frage aufgeworfen, was die Folge dieses Gesetzes wäre. Ob ich die Folge rechtspolitisch begrüßenswert finde oder nicht, habe ich gar nicht so deutlich formuliert. Der einzige Grund, warum wir von Rechtsunsicherheit durch ein neues Gerichtsverfahren sprechen könnten, wäre die Tatsache, dass wir Völkerrecht möglicherweise jenseits der Schwelle – und das ist das, was Frau Schmahl gerade auch gesagt hat, wenn ich es richtig verstanden habe – dessen, was das Völkerrecht zum jetzigen Zeitpunkt belastbar hergibt, konkretisieren. Das heißt, es gibt die einen, die sagen es so, die anderen sagen es anders. Da kann ein Gericht selbstverständlich konkretisieren. Und das Verfassungsgericht konkretisiert im Verfassungsprozess- und im Verfassungsrecht natürlich. Und dann sind da auch politische Entscheidungen. Ich sehe nur den großen Unterschied: Die gerade eben herangezogene Formel des spezifischen Verfassungsrechts im Vergleich zum Fachrecht, die wir analog zur Verletzung spezifischen Verfassungsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht anwenden könnten, hat das Verfassungsgericht über Dekaden entwickelt. Wir sind weit von einer Vorhersehbarkeit für den armen Fachrichter entfernt. Das sind kometenhafte Einschläge, wenn sich Karlsruhe in der Strafjustiz plötzlich einen Sachverhalt vornimmt und die Einzelheiten der Untreue konkretisiert. Das kann das Verfassungsgericht natürlich als höchstes staatliches Gericht machen und dann schafft man damit auch Rechtssicherheit – jedenfalls für diesen Einzelfall. Aber ich meine – und gebe das nur nochmal zu bedenken unabhängig davon wie man persönlich dazu steht –, wenn Karlsruhe Völkerrecht konkretisiert, dann ist das in der völkerrechtlichen akademischen Szene eine große Sache. Das interessiert alle. Da kann man dann Aufsätze schreiben. Aber das Völkerrecht wird dadurch nicht präziser. Wir haben eine zusätzliche



Entscheidung und da haben wir immer noch jemanden, der die humanitäre Intervention – anders als Karlsruhe – bejaht. Oder, wenn Karlsruhe die humanitäre Intervention bewilligen sollte, hätten wir immer noch eine starke Strömung im Völkerrecht, die sie ablehnt. Und selbst wenn der IGH, der ja eben auch zitiert worden ist, in der Nicaragua-Entscheidung etwas sagt, selbst das ist – das ist auch schockierend für jemanden außerhalb des Völkerrechts – dann keine endgültige Auslegung des Völkerrechts. Innerstaatliches Verfassungsrecht können wir konkretisieren und gewinnen dadurch auch etwas. Hier bekommt man eine einseitige Bindung der Bundesregierung. Was in Ordnung ist. Man kann die Bundesregierung binden. Ich will nur diesen Unterschied deutlich machen. Und wenn Sie jetzt Ihren Vorschlag mit dieser Formel des Offensichtlichen konkretisieren – ich hab ja selbst einen Vorschlag gemacht – würde man das Problem auf die unstrittigen Fälle zusammenschlüsseln lassen. Ich finde interessant, wenn Sie sagen, nur der Art. 24 GG wird geprüft. Das finde ich interessant. Das habe ich in der Textfassung auch ausgeführt. Dann gibt es zum Beispiel die Möglichkeit, mit dem Gebot der Friedenswahrung zu argumentieren. Und ich bin mir sicher, in dem ersten Verfahren mit dem neuen Gesetz wird jemand in Karlsruhe vortragen, dass wir jetzt eine Entscheidung zur humanitären Intervention haben wollen – vermittelt über das Gebot der Friedenswahrung. Dann halte ich es nicht für ausgeschlossen, dass Karlsruhe sagt: Da halten wir uns raus. Das mag sein. Aber ich halte es für ausgeschlossen, belastbar zu prophezeien, dass das so kommen wird. Es kann durchaus sein, dass dann mehr Völkerrechtler im Zweiten Senat sitzen als im Moment und dass da vielleicht auch ein Gestaltungsbedürfnis besteht. Das ist alles möglich. Und wer das Risiko sehenden Auges eingehen möchte, der soll das Gesetz so beschließen. Ansonsten kann man die Sachfrage entscheiden und sich anschließend überlegen, wie das Gesetz formuliert werden sollte. Das ist auch das, was ich zur Rechtsunsicherheit sagen wollte, die Herr Ullrich befürchtet. Diese Konkretisierung im völkerrechtlichen Neuland ist etwas, das im Prinzip geht. Man muss sich aber immer gut überlegen, ob man das macht. Und es entspricht interessanteweise ja gerade nicht deutscher Nachkriegstradition, im Völkerrecht unilateral

vorzupreschen. Das ist hier in diesem Fall etwas anderes, weil der Ansatz natürlich ist, die Friedensrechtsordnung zu stärken und militärische Einsätze generell restriktiv zu handhaben. Wenn das das Anliegen wäre, wäre das sozusagen ein guter Unilateralismus.

Aber was wir innerstaatlich dem Verfassungsgericht zumuten, ist trotzdem etwas, was im Völkerrecht jedenfalls nicht so ohne Weiteres passt. Das ist einfach ein anderer Player. Er ist da eine Rechtserkenntnisquelle unter anderen. Innerstaatlich ist es dasjenige, das mit Gesetzeskraft alle Behörden und staatlichen Stellen bindet. Das ist einfach ein riesen Unterschied. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank auch meinerseits. Als letztes hat das Wort Herr Thielbörger mit einer weiteren Frage von Frau Keul.

SV Prof. Dr. Pierre Thielbörger: Also, ich habe schon ein bisschen Bedenken geäußert und vielleicht wären meine Bedenken auch ein wenig gemildert, aber sie wären keinesfalls ausgeräumt. Und die Gründe sind eigentlich jetzt auch dargetan, deswegen muss ich das nicht wiederholen. Es ist nicht schwarz / weiß. Natürlich können wir jetzt sagen: Klar, das Völkerrecht steht unter der Verfassung. Insofern wird es auch dieser Kontrolle unterliegen. Aber – wie Herr Schneider gerade schon sagte – diese Begriffe, die wir im Grundgesetz direkt finden, lassen sich gar nicht interpretieren, ohne das Völkerrecht heranzuziehen. Und insofern fürchte ich eigentlich doch ein bisschen, dass das, was vorhin – ich glaube Herr Ewer war das – abgelehnt wurde, dass das Bundesverfassungsgericht vielleicht doch ein Bundesvölkergericht wird. Und natürlich kann man jetzt sagen: Gerichte sind – auch das Verwaltungsgericht Köln – natürlich eine Rechtserkenntnisquelle und auch Teil der Gewohnheit, aber ich glaube schon – und das war vielleicht auch, was Herr Sauer sagen wollte in seinem Beitrag, der ja auch zitiert wurde von Herrn Brunner, glaube ich, dass da natürlich irgendwie schon ein Gestaltungsauftrag entstände. Und natürlich werden Gerichtsurteile international gelesen und das Bundesverfassungsgericht wird natürlich besonders gelesen, auch international. Und insofern darf man das, glaube ich, nicht unterschätzen. Vielen Dank.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Thielbörger. Ich sehe keine weiteren Fragen. Doch, Herr Schinnenburg hat sich noch gemeldet. Das ist dann – sozusagen – eine kurze dritte Runde – wenn ich das richtig sehe. Herr Schinnenburg. Bitte schön.

Abg. **Dr. Wieland Schinnenburg** (FDP): Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Sie haben lange Ausführungen gemacht, ob es nun klug ist oder nicht, Völkerrecht rauf und runter. Ob es das Bundesverfassungsgericht beurteilen soll oder nicht ist eine, finde ich, politische Frage, die der Bundestag entscheiden muss. Aber die Frage, die ich von Ihnen gerne noch beantwortet haben möchte, und die ich an Professor Möllers und an Herrn Seegmüller richte, ist, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, diesen Antrag zu beschließen. Es kam ja mehrfach der Kommentar: Naja, dann müssen wir auch das Grundgesetz ändern. Oder reicht Art. 93 Abs. 3 GG, „in sonstigen Fällen“, aus? Soweit die rein verfassungsrechtliche Frage. Ob es politisch gut ist oder nicht, können wir noch diskutieren als Abgeordnete.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann darf Herr Seegmüller als erstes, weil wir jetzt wieder rückwärts vorgehen.

SV **Dr. Robert Seegmüller**: Ich meine, dass es weiterhin nicht zulässig ist, das durch einfaches Gesetz zu beschließen. Wir haben im Recht immer die Unterscheidung zwischen dem Prozessrecht einerseits und dem materiellen Recht andererseits. Das Prozessrecht strukturiert den Weg zum Gericht, das materielle Recht sagt dann, ob ich bei Gericht Recht bekomme oder nicht. So auch im verfassungsrechtlichen Verfahren. Sie haben die Verfassungsbeschwerde, mit Zuständigkeitsvorschriften im BVerfGG, und Sie haben das materielle Recht, die Grundrechte, auf die Sie sich vor dem Bundesverfassungsgericht berufen können. Sie können den schönsten Weg zum Bundesverfassungsgericht haben. Wenn Sie kein materielles Recht haben, dann gibt es nur eine schöne kleine Akte und einen Nichtannahmebeschluss und das war es. Deshalb brauche ich immer beides. Wozu ermächtigt jetzt der Art. 93 Abs. 3 GG? Ich meine, der ermächtigt nur zur Verleihung des Prozessrechts. Also des Wegs hin zum Bundesverfassungsgericht, nicht aber zur Verleihung des materiellen Rechts – das müssen

Sie durch Änderung des Verfassungstextes tun oder einräumen –soweit das Recht, um das es geht, schon in der Verfassung angelegt ist. Wenn Sie ein freies Terrain hätten oder so, dann könnten Sie auch ein einfaches Recht schaffen und sagen: Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert das. Aber weil wir eben diese ganzen Vorschriften schon im Grundgesetz angelegt haben, können Sie nicht einfach den Schalter umlegen und sagen: „Also das, was bisher nicht drittschützend ist, ist jetzt drittschützend, was bisher nicht justiziabel ist, wird jetzt justiziabel. Und dementsprechend brauchen Sie aus meiner Sicht weiterhin eine Verfassungsänderung. Sie können auch nicht aus Art. 2 Abs. 1 GG durch einfaches Bundesgesetz objektives Verfassungsrecht machen, sondern es muss eben eine Verfassungsänderung sein. Dementsprechend keine Regelung dieses Verfahrens ohne Verfassungsänderung. Danke.

Herr **Prof. Dr. Christoph Möllers**, LL.M.: Erstens kennen wir diese Regel nicht, die Herr Seegmüller formuliert. Ich weiß auch nicht, wo die stehen soll. Es steht einfach erstmal nur im Grundgesetz, dass wir die Verfahrensarten eröffnen können. Zweitens gibt es materielles Recht. Art. 87a und Art. 24 GG sind völlig unbestritten materielle Grenzen der Auslandseinsätze. Ob die überprüfbar sind, ist die Frage. Aber es gibt sie. Drittens muss dieses materielle Recht auch nicht subjektiviert werden. Dafür gibt es nämlich die abstrakte Normenkontrolle. Wie gesagt: Der Freistaat Bayern kann ein Landesgesetz aus Schleswig-Holstein vorlegen. Es ist kein subjektives Recht denkbar, das ihm das zusprechen würde. Es ist eine rein prozessuale Möglichkeit, die er da hat, und so kennen wir es im Verfassungsprozessrecht. Es ist halt kein Verwaltungsprozessrecht. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Gut. Das waren die Antworten auf die Fragen von Herrn Kollegen Schinnenburg. Jetzt sehe ich wirklich keine weiteren Fragen mehr – ich gucke auch nochmal in die Runde. Dann sind wir am Ende dieser Anhörung angelangt. Ich danke vor allen Dingen den Sachverständigen für ihren Sachverstand und dafür, dass sie uns den vermittelt haben. Ich hab Einiges dazugelernt. Vielen Dank. Ich danke den Kolleginnen und Kollegen, dass Sie Fragen gestellt haben und die Ausführungen der Sachverständigen in Ihre weitere Entscheidung



einfließen lassen. Und den Zuhörerinnen und Zuhörern ebenfalls für das Zuhören. Vielen Dank. Ich schließe die Sitzung. Einen schönen Abend.

Schluss der Sitzung: 16:13 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Wolfgang Ewer	Seite 31
Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago)	Seite 50
Prof. em. Dr. Norman Paech	Seite 55
Prof. Dr. Stefanie Schmahl, LL.M. (E)	Seite 62
Univ.-Prof. Dr. Karsten Schneider	Seite 73
Dr. Robert Seegmüller	Seite 91
Prof. Dr. Pierre Thielbörger, M.PP. (Harvard)	Seite 101

WEISSELEDER ■ EWER ■ Rechtsanwälte Part mbB ■ Walkerdamm 4-6 ■ 24103 Kiel

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Herrn Vorsitzenden Prof. Dr. Hirte, MdB
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Per E-Mail:
rechtsausschuss@bundestag.de

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ■ Rechtsanwalt ■ bis 2013

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefler
Rechtsanwalt

Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt

Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Dr. Jonas Dörschner
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:
PA 6 – 5410-2.2

Unser Zeichen:

Kiel, den
02.01.2020

Bearbeiter/-in:
RA Prof. Dr. Ewer

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland), BT-Drucksache 19/14025

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in vorstehender Angelegenheit danke ich Ihnen vielmals für die Gelegenheit, an der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 13.01.2020 zu dem Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN teilzunehmen. Das werde ich sehr gern tun. Zur Vorbereitung meiner Anhörung möchte ich Ihnen hiermit vorab eine schriftliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf zukommen lassen.

Aus rechtswissenschaftlicher und verfassungspraktischer Sicht befürworte ich den Gesetzentwurf im Ergebnis. Die Gründe hierfür möchte ich Ihnen hiermit gern darlegen.

A. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Einsätze der Bundeswehr im Ausland

Der vorliegende Gesetzentwurf sieht vor, ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

„zur Überprüfung, ob der nach § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes getroffene Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz vereinbar ist,“

einzuführen (§§ 13 Nr. 14a, 96e Abs. 1 BVerfGG-E). Dabei geht es ausweislich der in Bezug genommenen Normen (§§ 1 Abs. 2, 3 ParlBG) um Beschlüsse über die Zustimmung des Deutschen Bundestages zum Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland.

Einsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland unterliegen verschiedenen Anforderungen des Grundgesetzes. In erster Linie bedürfen solche Einsätze nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem grundlegenden

Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 381 ff.,

der vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25.03.1999 – 2 BvE 5/99 –, BVerfGE 100, S. 266, 269; Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 208; Beschluss des Zweiten Senats vom 25.03.2003 –, BVerfGE 108, S. 34, 42; Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 153 f.; Urteil des Zweiten Senats vom 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 –, BVerfGE 123, S. 267, 360.

Dies ist mittlerweile auch in den bereits genannten §§ 1 Abs. 2, 3 ParlBG niedergelegt. Um das Erfordernis eines solchen konstitutiven Beschlusses wird es allerdings in dem

Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, nicht gehen können. Wenn es zu einem solchen Beschluss in verfassungswidriger Weise nicht kommt, kann sich der Deutsche Bundestag im Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG dagegen zur Wehr setzen. In dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, geht es dagegen um die Situation, in der der Beschluss ergangen ist und einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugeführt werden soll. Rechtlicher Maßstab in dem Verfahren ist somit nicht das Bedürfnis des konstitutiven Beschlusses des Deutschen Bundestages, sondern Maßstab für das Bundesverfassungsgericht wären ggf. die inhaltlichen Anforderungen des Grundgesetzes an Einsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland.

Inhaltliche Anforderungen des Grundgesetzes an Einsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland ergeben sich aus einer Reihe von Verfassungsbestimmungen. Auf der Hand liegt zunächst, dass die Bundeswehr im Ausland zur Verteidigung eingesetzt werden kann. Das folgt aus Art. 87a Abs. 2 GG.

Neben dieser Befugnis zum Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte (ggf. auch im Ausland) steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Befugnis, die Streitkräfte innerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG einzusetzen. Dies muss allerdings im Rahmen und nach den Regeln des jeweiligen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfinden,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 355 ff.; Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 212; Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 157,

und solche Einsätze stehen immer unter dem Gebot der Friedenswahrung, das Art. 24 Abs. 2 GG ausdrücklich nennt („zur Wahrung des Friedens“),

vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 349; Urteil des Zweiten Senats vom 03.07.2007 – 2 BvE 2/07 –, BVerfGE 118, S. 244, 261 f.

Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie die Vereinten Nationen,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 347, 349; Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 195; Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 156,

aber auch die NATO,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 347, 349 f.; Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 209; Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 156.

In Art. 24 Abs. 2 GG geht es somit darum, dass Einsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland nur im Rahmen eines friedenssichernden Regelwerks mit einem Aufbau einer eigenen Organisation und einem Status völkerrechtlicher Gebundenheit, der wechselseitig zur Wahrung des Friedens verpflichtet und Sicherheit gewährt, zulässig sein sollen,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 349; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de, Rn. 52.

Einsätze außerhalb eines solchen Status' völkerrechtlicher Gebundenheit sind danach jedenfalls nicht durch Art. 24 Abs. 2 GG legitimiert. Das gilt insbesondere für einseitige Waffengänge.

In dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, wäre also voraussichtlich rügefähig, dass ein Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte

nicht im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfindet. Die Kontrolle, ob der Einsatz nicht nur im Rahmen, sondern auch nach den Regeln des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfindet, wird allerdings auf verfassungsrechtlich relevante Missgriffe beschränkt sein. Durch die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass ein Einsatz auch nach den Regeln eines völkerrechtlichen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfinden muss, wird nicht jede völkerrechtliche Norm dieses Systems zu Verfassungsrecht erhoben. Es wird somit in einem Verfahren, das die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zum Gegenstand hat, nur auf etwaige Verstöße gegen spezifisches Verfassungsrecht ankommen.

Diese Rechtsfigur ist aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten seit jeher bekannt. Soweit ein Grundrecht durch Gesetz eingeschränkt werden kann, prüft das Bundesverfassungsgericht nicht nach, ob die Grundrechtseinschränkung, die etwa die Verwaltung in einem Einzelfall aufgrund eines Gesetzes vornimmt, in vollem Umfang mit dem Gesetz übereinstimmt. Es prüft vielmehr nur Verstöße gegen spezifisches Verfassungsrecht, also ob das Grundrecht selbst in seiner Bedeutung und Tragweite verkannt wurde,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09.10.1991 – 1 BvR 1555/88 –, BVerfGE 85, S. 1, 13.

Unter dem Gesichtspunkt des Art. 24 Abs. 2 GG wird in dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, also nur zu prüfen sein, ob in dem Beschluss über einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte der Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit an sich verkannt oder verfehlt worden ist. Das kann der Fall sein, wenn der Einsatz gar nicht in einem multilateralen System, sondern ausschließlich in einer sog. „Coalition of the Willing“ wie der Gruppe von Staaten, die den Irakkrieg des Jahres 2003 geführt haben, durchgeführt wird. Erst recht kommen danach rein einseitige Militäreinsätze nicht in Betracht. Derartige Einsätze verstoßen gegen das Grundgesetz, weil das Grundgesetz – wie bereits erwähnt – die Einbindung deutscher militärischer Einsätze in einen „Status völkerrechtlicher Gebundenheit“ will.

Neben Art. 24 Abs. 2 GG könnte das Verbot des Angriffskrieges nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG nur noch eine sehr eingeschränkte Rolle spielen. Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet entweder jedwede völkerrechtswidrige Anwendung militärischer Gewalt (und ihre Vorbereitung) oder nur einen engeren Ausschnitt besonders krass völkerrechtswidriger Fälle der Gewaltanwendung (und deren Vorbereitung),

vgl. dazu nur Proelß, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Band XI, Heidelberg 2013, § 227 Rn. 25 f.

Soweit es um einen Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit ginge, würde dasselbe aber auch schon aus dem Gebot der Friedenswahrung in Art. 24 Abs. 2 GG folgen. Ein Einsatz zur Verteidigung nach Art. 87a Abs. 2 GG wäre offensichtlich weder krass noch sonst völkerrechtswidrig und auch schon begrifflich keine Führung oder Vorbereitung eines Angriffskrieges. Ginge es aber weder um einen Einsatz zur Verteidigung noch um einen Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, fehlte es schon an der – erforderlichen – positiven verfassungsrechtlichen Grundlage für den Einsatz, so dass es ein etwaiges Verbot nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG gar nicht mehr ankäme.

Auch die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ im Sinne des Art. 25 Satz 1 GG wären in dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, nicht Prüfungsmaßstab. In Art. 25 Satz 1 und 2 GG werden zwar unter anderem die Normen des Völkergewohnheitsrechts, zu denen auch das – ansonsten auch in Art. 2 Nr. 4 der Charta der Vereinten Nationen (BGBl. 1973 II 431) niedergelegte – allgemeine Verbot zwischenstaatlicher militärischer Gewaltanwendung gehört,

s. nur BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 213; Urteil des Zweiten Senats vom 03.07.2007 – 2 BvE 2/07 –, BVerfGE 118, S. 244, 271; Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 27.06.1986 – *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua ./ Vereinigte Staaten von Amerika) –, ICJ Reports 1986, S. 14, 100,

zum Bestandteil des Bundesrechts erklärt und in einen Rang über den Gesetzen, aber unter dem Grundgesetz gestellt. Damit werden die allgemeinen Regeln des Völkerrechts aber eben nicht zum Teil des Verfassungsrechts, noch weniger zum Teil des Grundgesetzes selbst,

s. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 –, BVerfGE 141, S. 1, 17.

Ein verfassungsgerichtliches Verfahren, in dem geprüft werden soll, ob ein Beschluss über einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland „mit dem Grundgesetz vereinbar ist“ (§ 13 Nr. 4 BVerfGG-E), hätte also nicht die Vereinbarkeit mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG zum Inhalt. Durch Verstöße gegen diese allgemeinen Regeln wird Art. 25 GG selbst nicht verletzt, weil die Verfassungsnorm diese Regeln eben nur zu einer Rechtsquelle mit einem bestimmten Rang erklärt, aber die Regeln dadurch nicht in den Verfassungsrang aufnimmt.

Bei dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, ginge es somit im Wesentlichen um einen Weg, die Einhaltung der Anforderungen des Art. 24 Abs. 2 GG zur Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht zu stellen. Die rechtliche Möglichkeit von Einsätzen bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seinem

Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 344 ff.,

in einem Organstreitverfahren entwickelt. Es wäre eine Ironie der Rechtsgeschichte, wenn die Voraussetzungen dieser verfassungsrechtlichen Grundlage der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen blieben.

B. Zum vorgesehenen Verfahren

Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst mit seinem

Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de,

verneint, dass in einem Organstreitverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG) zur verfassungsgerichtlichen Prüfung gestellt werden könne, ob ein Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfindet. Das Bundesverfassungsgericht hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass der Deutsche Bundestag – und für ihn handelnd ggf. auch eine Fraktion – nur ein eigenes Recht darauf hat, dass die Bundesregierung ein bestehendes System gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht jenseits der Grenzen des ihm zugrundeliegenden Vertragsgesetzes fortentwickelt und dass eine solche Fortentwicklung jederzeit das Gebot der Friedenswahrung nach Art. 24 Abs. 2 GG wahrt. Dagegen hat der Deutsche Bundestag kein im Organstreitverfahren wehrfähiges Recht darauf, dass der Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit von einem konkreten Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte nicht verlassen wird oder dass die Regeln dieses Systems von einem konkreten Einsatz nicht in verfassungsrechtlich erheblicher Weise verletzt werden (zur Relevanz nur von Verstößen gegen spezifisches Verfassungsrecht s.o., S. 4 f.),

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de, Rn. 36 bis 38, 41.

Dabei hat das Bundesverfassungsgericht zugleich klargestellt, dass ein Satz aus der bisherigen Rechtsprechung, nach dem der Deutsche Bundestag auch

„bei einem rechtserheblichen Handeln ohne gesetzliche Ermächtigung, wenn diese von Verfassungs wegen erforderlich ist,“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 22.11.2001 – 2 BvE 6/99 –, BVerfGE 104, S. 151, 194; Urteil des Zweiten Senats vom 03.07.2007 – 2 BvE 2/07 –, BVerfGE 118, S. 244, 258,

in seinen Rechten verletzt sein kann, sich nur auf die Fälle bezieht, dass die Bundesregierung einen neuen Vertrag über ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit allein abschließt oder einen bestehenden Vertrag über die Grenzen des Vertragsgesetzes hinaus fortentwickelt,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de, Rn. 43,

dass dieser Satz aber nicht dahingehend erweitert werden kann, dass ein konkreter Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland den Deutschen Bundestag in dessen Rechten verletzen könnte, wenn es ihm an einem zugrundeliegenden System gegenseitiger kollektiver Sicherheit fehlt.

Diese Feststellung ist entscheidend dafür, dass der Deutsche Bundestag – oder für ihn handelnd ggf. eine Fraktion – nach dem bisher geltenden Recht nicht im Organstreitverfahren gegen einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland vorgehen kann, weil dieser Einsatz außerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG stattfindet. Gegen einen Einsatz, der aus diesem Grund die Anforderungen des Art. 24 Abs. 2 GG nicht erfüllte und damit auch die in der Form des Vertragsgesetzes erteilte Autorisierung des Deutschen Bundestages verfehlte, gäbe es also noch kein wehrfähiges Recht des Deutschen Bundestages.

Anders wäre das nur, wenn der fragliche Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte

- ▶ zwar im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfände,

dabei aber

- ▶ den Rahmen und die Regeln dieses Systems über die Grenzen des jeweiligen Vertragsgesetzes zu diesem System hinaus fortentwickelte oder das Gebot der Friedenswahrung nach Art. 24 Abs. 2 GG verfehlte.

Der Deutsche Bundestag wäre hingegen nicht in seinen Rechten verletzt, wenn ein Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland von vornherein nicht im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stattfände, also

- ▶ gar nicht erst auf Art. 24 Abs. 2 GG gestützt würde

oder

- ▶ den Rahmen des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit ohne eine Absicht der Fortbildung des Systems verließ.

Dann läge aber eher ein krasserer Verstoß gegen das Grundgesetz vor, als wenn die Bundesregierung bei der Fortbildung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit die Grenzen des Vertragsgesetzes überschritte. Die Fortbildung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit obliegt immerhin noch – dem Grunde nach – der Bundesregierung im Rahmen eines weit bemessenen Gestaltungsspielraums,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 03.07.2007 – 2 BvE 2/07 –, BVerfGE 118, S. 244, 258; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de, Rn. 37.

Ganz außerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit militärisch zu handeln, steht der Bundesregierung dagegen – außerhalb eines Einsatzes zur Verteidigung (Art. 87a Abs. 2 GG) – nicht zu. Insoweit haben weder das Grundgesetz in Art. 24 Abs. 2 GG noch ein Vertragsgesetz ihr einen Gestaltungsspielraum eröffnet. Daher ist dieser Fall verfassungsrechtlich brisanter als der Fall einer Fortentwicklung eines durchaus bestehenden und einschlägigen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll somit eine Lücke geschlossen werden, in der es nach der bisherigen Rechtslage weder Rechte des Deutschen Bundestages noch Rechtsschutz für den Deutschen Bundestag gibt. Das ist aus meiner Sicht zu begrüßen.

Damit wird den Anforderungen an Einsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte, die für Einsätze zu anderen als Verteidigungszwecken aus Art. 24 Abs. 2 GG folgen, eine Möglichkeit der effektiven Durchsetzung beigelegt.

Das ist aus meiner Sicht auch deshalb sinnvoll, weil es bei dem Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland um eine ausgesprochen wichtige Sachmaterie geht. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits klar ausgesprochen, dass der sachliche Grund für das Erfordernis eines konstitutiven Parlamentsbeschlusses in der besonderen Gefährlichkeit von Einsätzen bewaffneter Streitkräfte liegt:

„Der Einsatz bewaffneter Gewalt bedeutet nicht nur ein erhebliches Risiko für Leben und Gesundheit deutscher Soldaten, sondern er birgt auch ein politisches Eskalations- oder doch Verstrickungspotential: Jeder Einsatz kann von der begrenzten Einzelaktion in eine größere und länger währende militärische Auseinandersetzung münden, bis hinein in einen umfänglichen Krieg. Dem Übergang von der Diplomatie zur Gewalt korrespondiert eine Veränderung in den Proportionen der innerstaatlichen Gewaltenteilung,“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 161.

Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon ausgeführt:

„Der Einsatz von Streitkräften ist für individuelle Rechtsgüter der Soldatinnen und Soldaten sowie anderer von militärischen Maßnahmen Betroffener wesentlich und birgt die Gefahr tiefgreifender Verwicklungen in sich,“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 –, BVerfGE 123, S. 267, 360 f.

Dieselben Erwägungen liegen zweifellos auch den materiell-verfassungsrechtlichen Einhegungen des Einsatzes bewaffneter Streitkräfte, insbesondere den Regelungen der Art. 87a Abs. 2, 24 Abs. 2 GG, zugrunde. Wegen der Frage von Krieg und Frieden gibt es nicht nur eine besondere Ausprägung der Gewaltenteilung, sondern zugleich besondere Anforderungen des Grundgesetzes.

Besonders deutlich wird dies in der Präambel des Grundgesetzes (Abs. 2: „dem Frieden der Welt zu dienen“) und in dem Gebot der Friedenswahrung in Art. 24 Abs. 2 GG, sowie im Verbot der Führung oder Vorbereitung eines Angriffskriegs nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG. In Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG wird darüber hinaus das „friedliche Zusammenleben der Völker“ hervorgehoben, und in Art. 9 Abs. 2 GG wird in einem anderen Zusammenhang die „Völkerverständigung“ erwähnt, die natürlich ohne den Frieden im engeren, militärischen Sinne schlechterdings nicht vorstellbar ist.

Wenn aber der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland aus sehr hochstehenden Gründen besonderen Vorschriften des Grundgesetzes unterliegt, ist es mehr als naheliegend, dass es für diese Vorschriften auch einen Mechanismus der Durchsetzung geben muss. Andernfalls könnten diese wichtigen Vorschriften ohne Risiko umgangen werden.

Zu dieser Durchsetzung ist gerade der Deutsche Bundestag berufen, denn die Bundeswehr ist ein „Parlamentsheer“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 381 f.; Beschluss des Zweiten Senats vom 25.03.2003 – 2 BvQ 18/03 –, BVerfGE 108, S. 34, 44; Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 154, 161; Urteil des Zweiten Senats vom 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 –, BVerfGE 123, S. 267, 360; Beschluss des Zweiten Senats vom 13.10.2009 – 2 BvE 4/08 –, BVerfGE 124, S. 267, 275; Beschluss des Zweiten Senats vom 04.05.2010 – 2 BvE 5/07 –, BVerfGE 126,

S. 55, 70; Urteil des Zweiten Senats vom 23.09.2015 – 2 BvE 6/11 –, BVerfGE 140, S. 160, 188,

für dessen bewaffneten Auslandseinsatz der Deutsche Bundestag die Verantwortung trägt,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 07.05.2008 – 2 BvE 1/03 –, BVerfGE 121, S. 135, 161.

Außerdem ergibt sich eine Rolle des Deutschen Bundestages aus dem Umstand, dass mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eine Lücke in der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit der Kontrolle von Einsätzen bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland geschlossen werden soll. Wie oben beschrieben und vom Bundesverfassungsgericht anerkannt, gibt es bereits die Möglichkeit, im Organstreitverfahren eine unzulässige Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit oder einen Verstoß eines Einsatzes gegen das Gebot der Friedenswahrung zu rügen, aber bisher keine Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit eines Einsatzes ganz außerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu rügen. Diese Lücke will der vorliegende Gesetzentwurf schließen. Die genannten Rügen im Organstreitverfahren stehen aber dem Deutschen Bundestag zu. Dann ist es nur naheliegend, dies auch für das Verfahren gelten zu lassen, mit dem die im Organstreitverfahren verbleibende Lücke geschlossen werden soll.

Der vorliegende Gesetzentwurf sieht vor, dass auch eine Fraktion des Deutschen Bundestages allein das Verfahren einleiten kann. Damit folgt der Entwurf der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der eine Fraktion die Rechte des Deutschen Bundestages im Organstreitverfahren im eigenen Namen geltend machen kann. Dies hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt wieder wie folgt begründet:

„Dies ist sowohl Ausdruck der Kontrollfunktion des Parlaments als auch Instrument des Minderheitenschutzes (vgl. BVerfGE 45, 1 <29 f.>; 60, 319 <325 f.>; 68, 1 <77 f.>; 121, 135 <151>; 123, 267 <338 f.>; 131, 152 <190>; 139, 194 <220 Rn. 96>; 142, 25 <49 Rn. 66>). Vor dem Hintergrund der weitgehenden Überein-

stimmung von Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem soll die Öffnung des Organstreits für andere Beteiligte als die obersten Bundesorgane nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates vor allem dazu dienen, Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen, um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Rechte zu ermöglichen,“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2019 – 2 BvE 2/16 –, zit. n. www.bverfg.de, Rn. 25.

Die Fraktion als Vertreterin (auch) einer Minderheit des Parlaments soll demnach in eigenem Namen antragsbefugt sein, damit die fraglichen Rechte auch tatsächlich gegen die Bundesregierung geltend gemacht werden können. Dieser Gedanke ist hier ohne Weiteres übertragbar. Erkennt man an, dass es seitens des Deutschen Bundestages möglich sein soll, einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland der verfassungsgerichtlichen Überprüfung zuzuführen, ist es im Sinne der Effektivität dieser Rechtsschutzoption geboten, die Option nicht nur in die Hände der Mehrheit zu legen, die den Einsatz beschlossen hat.

Dass nach dem vorliegenden Gesetzentwurf auch ein Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages antragsbefugt sein soll, ist ebenfalls sinnvoll. Auch dabei handelt es sich um eine Minderheit, die sich gegen den Willen der Mehrheit zusammenfinden kann. Außerdem entspricht dieses Quorum der Antragsberechtigung bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG. Dort werden zwar auch die Bundesregierung und die Landesregierungen als antragsberechtigt genannt. Dass diese in dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht berücksichtigt werden, ist aber naheliegend, denn die Bundesregierung hätte den fraglichen Einsatz beantragt,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.07.1994 – 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 –, BVerfGE 90, S. 286, 389, und § 3 Abs. 1 ParlBG,

und die Landesregierungen haben mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr von vornherein nichts zu tun, weil die Pflege der auswärtigen Beziehungen und die Verteidigung dem Bund obliegen (Art. 32 Abs. 1, 73 Abs. 1 Nr. 1, 87a Abs. 1 Satz 1 GG).

Das in dem vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene neue Verfahren ist demnach aus meiner Sicht sehr zu begrüßen, weil mit ihm eine Rechtsschutzlücke in der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr geschlossen würde. Außerdem würde damit die Einhaltung von Anforderungen, die das Grundgesetz im Interesse allerhöchster Rechtsgüter wie des Friedens und des Lebens formuliert, sichergestellt.

Einer Verfassungsänderung bedarf es zur Einführung des neuen Verfahrens übrigens nicht. Das folgt bereits aus dem in der Begründung des Gesetzentwurfs genannten Umstand, dass Art. 93 Abs. 3 GG weitere Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts auf bundesgesetzlicher Grundlage ausdrücklich zulässt. Beispielsweise findet auch schon das Verfahren nach § 13 Nr. 11a BVerfGG (Vorlagen nach § 36 Abs. 2 PUAG) seine Grundlage nicht im Grundgesetz selbst, sondern nur im Bundesverfassungsgerichtsgesetz und im Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages.

C. Keine übermäßige Belastung der Außen- und Sicherheitspolitik der Bundesregierung

Betont sei abschließend noch, dass das in dem vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene Verfahren aus meiner Sicht nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Außen- und Sicherheitspolitik der Bundesregierung führen würde. Insofern ist vor allem darauf hinzuweisen, dass der Gesetzentwurf nicht etwa vorsieht, dass die Einreichung des Antrags §§ 13 Nr. 14a, 96e ff. BVerfGG-E die Durchführung des beschlossenen Einsatzes bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland einstweilen hindert. Das neue Verfahren soll also, ebenso wie alle anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren, keine aufschiebende Wirkung gegenüber seinem Verfahrensgegenstand haben.

Allenfalls könnte das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG erlassen. § 32 BVerfGG wäre auch auf das neue Verfahren anwendbar, weil die Norm im Ersten Abschnitt des Zweiten Teils des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes über „Allgemeine Verfahrensvorschriften“ steht. Gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG kann aber eine einstweilige Anordnung nur ergehen,

„wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.“

Bei § 32 Abs. 1 BVerfGG gilt schon ganz allgemein ein strenger Maßstab,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 –, BVerfGE 94, S. 166, 216 f.; Beschluss des Zweiten Senats vom 10.10.2002 – 2 BvK 1/01 –, BVerfGE 106, S. 51, 58.

Dies gilt erst recht, soweit ein stattgebender Beschluss des Gerichts

„einen Eingriff des Gerichts in die Regierungsfunktionen [bedeutete], bevor die mit dem Antrag zur Hauptsache anhängig gemachte Rechtsfrage entschieden ist,“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 10.12.1953 – 2 BvQ 1, 2/53 –, BVerfGE 3, S. 52, 55.

In diesem Fall lässt das Bundesverfassungsgericht „größte Zurückhaltung“ walten,

BVerfG, Beschluss vom 22.05.2001 – 2 BvQ 48/00 –, BVerfGE 104, S. 23, 27.

So verfährt das Bundesverfassungsgericht insbesondere, wenn es darum geht, dass ein Gesetz einstweilen außer Kraft gesetzt werden soll,

s. die beiden zuletzt zitierten Entscheidungen, sowie BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 10.07.1990 – 2 BvR 470, 650, 707/90 –, BVerfGE 82, S. 310, 313.

Für den Fall eines Beschlusses über einen Auslandseinsatz der Bundeswehr kann nichts anderes gelten, weil es auch hier um eine wichtige „Regierungsfunktion“ (wobei „Regierung“ im materiellen Sinne zu verstehen ist), nämlich um eine Entscheidung eines anderen Verfassungsorgans im Bereich der Staatsleitung, geht. Hinzu kommt hier sogar noch, dass das Bundesverfassungsgericht im Bereich der auswärtigen Gewalt regelmäßig große Zurückhaltung walten lässt. Das ist etwa daran erkennbar, dass das Bundesverfassungsgericht den Organen der Staatsleitung in diesem Bereich einen „breite[n] Raum politischen Ermessens“ einräumt,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07.07.1975 – 1 BvR 274/72 –, BVerfGE 40, S. 141, 178; Beschluss des Zweiten Senats vom 16.12.1980 – 2 BvR 419/80 –, BVerfGE 55, S. 349, 364 f.

Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch schon gesichert, dass der strenge Maßstab des § 32 Abs. 1 BVerfGG nochmals verschärft wird, wenn eine Maßnahme mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Auswirkungen in Rede steht,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.12.1990 – 1 BvR 1170, 1174, 1175/90 –, BVerfGE 83, S. 162, 171 f.; Urteil des Zweiten Senats vom 23.06.1993 – 2 BvQ 17/93 –, BVerfGE 89, S. 38, 43; Beschluss des Zweiten Senats vom 25.03.2003 – 2 BvQ 18/03 –, BVerfGE 108, S. 34, 41; Urteil des Zweiten Senats vom 12.09.2012 – 2 BvR 1390, 1421, 1438, 1439, 1440/12, 2 BvE 6/12 –, BVerfGE 132, S. 195, 232.

Das wäre in dem Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, ersichtlich immer der Fall. Es muss daher als sehr unwahrscheinlich gelten, dass jemals eine einstweilige Anordnung gegen einen Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland ergehen könnte. Das könnte wohl nicht einmal dann geschehen, wenn dem Einsatz die Verfassungswidrigkeit gleichsam „auf die Stirn geschrieben“ stünde, denn die für die Verfassungswidrigkeit sprechenden Gründe haben bei der Entscheidung grundsätzlich außer Betracht zu bleiben; sie können nur insoweit berücksichtigt werden, als die einstweilige Anordnung abgelehnt werden kann, weil sich der Antrag danach als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist,

s. nur BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.09.2012 – 2 BvR 1390, 1421, 1438, 1439, 1440/12, 2 BvE 6/12 –, BVerfGE 132, S. 195, 232.

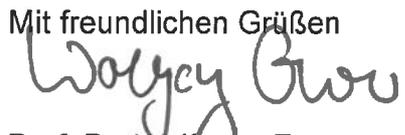
Das Verfahren, das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eingeführt werden soll, wird daher nicht deshalb zu einer Belastung der Außen- und Sicherheitspolitik führen können, weil schon der Antrag einen Einsatz verhindern oder verzögern könnte oder weil eine einstweilige Anordnung gegen den Einsatz ergehen könnte, obwohl der Einsatz sich nach ausführlicher Prüfung als verfassungskonform erweist. Mit dem neuen Verfahren wird allenfalls die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung für den Einsatz eröffnet, aber das allein kann in einem Rechtsstaat nicht negativ bewertet werden.

D. Redaktionelles

In redaktioneller Hinsicht fällt auf, dass die in dem neuen Verfahren zu beantwortende Frage in § 13 Nr. 14a BVerfGG-E dahin formuliert wird, ob der Beschluss nach §§ 1 Abs. 2, 3 ParlBG getroffene Beschluss mit dem Grundgesetz „vereinbar ist“, während in § 96e Abs. 1 BVerfGG-E die Formulierung mit „übereinstimmt“ anstatt mit „vereinbar ist“ endet. Ein Unterschied in der Bedeutung ergibt sich daraus meines Erachtens nicht. Es könnte sinnvoll sein, die Formulierungen anzugleichen. Möglicherweise könnte auch die Formulierung in § 96h BVerfGG („gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt“) an eine der beiden anderen Ausdrucksweisen angepasst werden.

Weitergehende Fragen werde ich gern in der öffentlichen Anhörung am 13.01.2020 beantworten.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

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 *horrer 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 Ziehkräfte 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 Beanstandungsverfahren 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 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 Handelns 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 Rechtskenntnisquellen, 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,

beispielhaft 2 BvR 2660/06 – Brücke von Varvarin

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.

Prof. em. Dr. Norman Paech

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens der Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland) v. 15. 10. 2015 BT Drucksache 19/14025.

Der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen reagiert auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr durch eine Minderheitsfraktion im Bundestag bisher als unzulässig zurückgewiesen hat. In mindestens zwei Fällen hat das Bundesverfassungsgericht einer Fraktion des Bundestages die Klagebefugnis abgesprochen, da sie durch die Entscheidung über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland nicht in ihren Rechten verletzt sei. Dadurch ist es derzeit einer Fraktion nicht möglich, offen rechtswidrige oder zumindest rechtlich umstrittene Entscheidungen der Bundesregierung sowie des Bundestages höchstrichterlich überprüfen zu lassen, obwohl beide Institutionen an Recht und Gesetz gebunden sind wie jede andere Institution oder Person.

1. In einem ersten Verfahren von 1998/1999 wollte die PDS-Fraktion die Beteiligung der Bundeswehr am Krieg der NATO gegen die Föderative Republik Jugoslawien vom Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen, da es für diesen Einsatz weder ein Mandat des UN-Sicherheitsrats noch das Recht auf Selbstverteidigung gab, da Jugoslawien die Bundesrepublik nicht angegriffen hatte. Dem Beschluss des Bundestags vom 16. Oktober 1998 fehlte damals jede Rechtsgrundlage, er war also eindeutig rechtswidrig, wie der damalige Bundeskanzler Schröder auch 2014 im Sender Phoenix offen eingeräumt hat.¹ Der Bundestag hatte seinerzeit seine Zustimmung zu der Entscheidung der Bundesregierung gegeben, um eine damals angenommene humanitäre Katastrophe im Kosovokonflikt abzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 25. März 1999² ausgeführt:

„Bei diesem Beschluss war dem Bundestag bewusst, dass der Einsatz aller Voraussicht nach ohne eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen durchgeführt werden würde. ... Zwar trägt die Antragstellerin vor, der Deutsche Bundestag habe selbst ultra vires gehandelt, als er die Beschlüsse zum Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte gefasst habe. Eine solche Rechtsverletzung könnte jedoch nicht im Organstreitverfahren gegen die Bundesregierung, erst recht nicht gegen den Bundesminister der Verteidigung ... geltend gemacht werden, sondern allenfalls in einem Verfahren gegen den Bundestag. Auch für dieses Verfahren fehlt es jedoch an der Antragsbefugnis, weil

¹ Vgl. www.ksta.de/politik/-ukraine-schroeder-vergleicht-krim-mit-kosovo,

² BVerfGE 100, 266ff.

die verfassungsmäßige Ermächtigung des Bundes, Streitkräfte in einem System kollektiver Sicherheit einzusetzen, grundsätzlich geklärt ist.“

Die Entscheidung enthielt damals schon zwei abweichende Meinungen der Richter Böckenförde und Kruis, die der Ansicht waren, dass gerade in dem Fall, dass sich eine Fraktion darauf berufe, dass die Mehrheit des Bundestages verfassungswidrig gehandelt habe, eine Antragsbefugnis bejaht werden müsse. In einer späteren Entscheidung vom 12. März 2007³ hat das Gericht dieser Ansicht Rechnung getragen und ausgeführt, dass

„der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht ... (eröffnet werden solle), um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Rechte zu ermöglichen.“

In seiner jüngsten Entscheidung vom 17. September 2019⁴ mochte das Gericht allerdings diese eigene Forderung nicht in einen für Fraktion DIE LINKE positiven Beschluss umsetzen. Diese hatte die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz in Syrien gegen die Terrororganisation IS gerügt. Auch dieser Einsatz erfolgt ohne Mandat des UN-Sicherheitsrats und mit einer sehr zweifelhaften Konstruktion einer kollektiven Selbstverteidigung gegen den IS. Der Antrag wurde mangels Antragsbefugnis als unzulässig abgewiesen. Zur Begründung heißt es in dem Beschluss:

„Das zur Nachprüfung gestellte Verhalten muss rechtserheblich sein oder sich zumindest zu einem die Rechtsstellung des Antragstellers beeinträchtigenden rechtserheblichen Verhalten verdichten können. Erforderlich ist, dass der Antragsteller durch die angegriffene Maßnahme in seinem Rechtskreis konkret betroffen wird... Für eine allgemeine oder umfassende, von eigenen Rechten des Antragstellers losgelöste, abstrakte Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit einer angegriffenen Maßnahme ist im Organstreit kein Raum.“ (Rz. 27, 28)

Weiter heißt es:

Der Organstreit „dient allein dem Schutz der Rechte der Staatsorgane im Verhältnis zueinander, nicht aber einer allgemeinen Verfassungsaufsicht. Das Grundgesetz hat den deutschen Bundestag als Gesetzgebungsorgan nicht als umfassendes ‚Rechtsaufsichtsorgan‘ über die Bundesregierung eingesetzt. Aus dem Grundgesetz lässt sich kein eigenes Recht des Deutschen Bundestages dahingehend ableiten, dass jegliches materiell oder formell verfassungswidrige Handeln der Bundesregierung unterbleibe. Auch eröffnet der Organstreit keine allgemeine Kontrolle außen- oder verteidigungspolitischer Maßnahmen der Bundesregierung.“ (Rz. 28)

Eine derartige „Rechtsaufsicht“ oder „Kontrolle“ des Bundestags gegenüber der Bundesregierung war jedoch nicht Gegenstand des Antrags der Fraktion. Gerügt wurde nicht die mangelnde Kontrolle, sondern die Zustimmung zu einer Entscheidung der Bundesregierung, die der Bundestag aus Rechtsgründen nicht hätte geben dürfen. Es

³ BVerfGE 117, 368ff.

⁴ BVerfG 2BvE 2/16.

ging allein um die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, dessen oberste Aufgabe allerdings die Rechtsaufsicht ist, der sich weder die Bundesregierung noch der Bundestag entziehen können. Der rechtspolitische Hintergrund der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts wird jedoch deutlich, wenn es ausführt:

„Das Grundgesetz überlässt (der Bundesregierung) im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung. Sowohl die Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtsprechenden Gewalt sind in diesem Bereich beschränkt, um die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit Deutschlands nicht in einer Weise einzuschränken, die auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinausläufe.“ (Rz. 34)

Das Gericht sagt zwar nicht, wo und wie konkret das Grundgesetz diesen „weit bemessenen Gestaltungsspielraum“ schafft, man würde auch Schwierigkeit haben, ihn zu finden, das ist aber ständige und weit zurückreichende Spruchpraxis. So bleibt dem Gericht nichts anderes, als auf den Gesetzgeber zu verweisen:

„Es ist Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers und nicht des Bundesverfassungsgerichts, neue Verfahrensarten zu schaffen, um Wertungswidersprüchen, wie sie die Antragstellerin behauptet, entgegenzuwirken.“ (Rz. 44).

2. Die richterliche Unantastbarkeit des außen- und sicherheitspolitischen Gestaltungsspielraums ist offensichtlich das zentrale Problem der Auseinandersetzung. Die Frage ist nicht nur, inwieweit der Einsatz auch militärischer Mittel in den außenpolitischen Schutzraum einbezogen werden soll, sondern ebenso, ob diese Prerogative der Regierungsgewalt gegenüber Parlament und Justiz auch für völker- und verfassungswidriges Handeln gelten soll. Denn es handelt sich nicht nur um diese zwei dem Bundesverfassungsgericht vorgelegten Fälle völkerrechtswidriger oder strittiger Handlungen. Auch die Unterstützung der US-geführten „Koalition der Willigen“ im Krieg gegen Irak im März 2003 durch die Gewährung von Überflugrechten, die Erlaubnis der unkontrollierten Nutzung der inländischen Infrastruktur und Militärbasen, die logistische und nachrichtendienstliche Kooperation bei der Kriegsführung in Bagdad bis hin zur Zielauswahl, sowie die Missachtung der Neutralitätspflichten aus der V. Haager Konvention⁵ sind schwer mit dem Völkerrecht zu vereinbaren. Die Mitwirkung bei Menschenrechtsverletzungen im Krieg gegen den Terror“ durch die Duldung der sog. Rendition-Flights der CIA über deutschem Territorium, mit denen Gefangene aus Guantanamo in ausländische Folterzentren geflogen wurden,⁶ ist ebenso ein Verstoß gegen geltendes Völkerrecht, wie die Erlaubnis, von US-Kommandoeinrichtungen in Deutschland Angriffe mit Drohnen gezielt Terrorverdächtige ohne rechtsstaatliches Verfahren zu töten, wobei immer wieder unbeteiligte Personen zu Opfer dieser Angriffe werden.⁷ Schließlich ist auch das Beharren auf der nuklearen Teilhabe, die im Kriegsfall

⁵ Vgl. Urteil des BVerwG v. 21. Juni 2005, BVerwG 2WD 12.04, NJW 2006, 77 ff.

⁶ Vgl. Dick Marti, Bericht des Rapporteurs der Parlamentarischen Versammlung des Europarats von 2006: <http://assembly.coe.int/Asp/Press/StopPress-View.asp?ID=1924>

⁷ Vgl. Peter Becker, Vorschlag und Begründung für ein völkerrechtliches Abkommen zur Drohnenkriegsführung, in: N. Paech, K. Nowrot (Hrsg.), Krieg und Frieden im Völkerrecht, Köln 2019, S. 86 – 109.

die Verfügungsgewalt über Atomwaffen an deutsche Flugzeuge und deutsche Mannschaften überträgt, völkerrechtlich hoch strittig, und sollte verfassungsrechtlich vom Bundesverfassungsgericht überprüft werden.

3. Um diese Möglichkeit einer Minderheitsfraktion im Bundestag zu eröffnen, legt die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nun einen Gesetzentwurf vor, mit dem Art. 13 Bundesverfassungsgerichtsgesetz um den Punkt „ 14 a zur Überprüfung, ob der nach § 1 Abs.2 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes getroffene Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz vereinbar ist,“ ergänzt werden soll. Dieser Entwurf ist sinnvoll und findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in verschiedenen Vorschriften des Grundgesetzes (GG), die unter dem Begriff des „Friedensgebots“ zusammengefasst werden können.

Bereits in der Präambel des Grundgesetzes heißt es, „dass das ‚Deutsche Volk‘, von dem Wunsche beseelt, als gleichberechtigtes Glied des vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“, sich kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben hat. In unmittelbarem Anschluss bekennt sich in Art. 1 Abs. 2 GG das Deutsche Volk, „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Der Friedensbegriff des GG beschränkt sich nicht nur auf die punktuelle Abwesenheit von Krieg, sondern umfasst eine generelle und dauerhafte Friedensordnung, in der auch die Vorbereitung eines Krieges oder die Drohung mit ihm verboten ist (Art. 2 Z. 4 GG).

Dies wird in besonderem Maße deutlich bei der Möglichkeit, die Art. 24 Abs. 1 und 2 GG dem Gesetzgeber einräumen, durch einfaches Bundesgesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen und sich in ein „System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ einzuordnen. Dabei hat der Verfassungsgeber zunächst und vor allem an die Vereinten Nationen gedacht. Erst später hat das Bundesverfassungsgericht in seinem bereits erwähnten Urteil von 1999 auch die NATO und in seiner jüngsten Entscheidung von 2019 ebenso die EU als ein solches System anerkannt, da beide der Friedenswahrung verpflichtet sind. Pointiert führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss von 2019 aus:

„Verfassungsrechtlich stehen die Einordnung der Bundesrepublik Deutschland in ein solches System und die fortdauernde Teilnahme an diesem System demnach unter dem Vorbehalt der Friedenswahrung. Die Verfassung untersagt auch die Umwandlung eines ursprünglich den Anforderungen des Art. 24 Abs. 2 GG entsprechenden Systems in eines, das nicht mehr der Wahrung des Friedens dient oder sogar Angriffskriege vorbereitet. ... Damit ist das Gebot der Friedenswahrung stets zwingender Bestandteil der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Die friedenswahrende Zwecksetzung ist nicht nur einmalige Voraussetzung des Beitritts, sondern fortdauernde Voraussetzung des Verbleibs Deutschlands in dem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.“⁸

Was „zwingender Bestandteil der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ ist, muss natürlich auch zwingender Bestandteil der Außen- und Sicherheitspolitik sein. D. h., dass die Friedenswahrung zu den konstituierenden

⁸ BVerfG 2BvE 2/16, Rz. 38

Elementen einer verfassungsmäßigen Politik überhaupt gehört. Art. 24 Abs. 3 GG unterstreicht die Bedeutung der Friedenswahrung durch das Gebot der Unterwerfung unter eine allgemeine, umfassende, obligatorische internationale Gerichtsbarkeit. Diese Vorschrift macht deutlich, dass es sich bei dem Friedensgebot nicht nur um eine programmatische Absicht handeln kann, sondern zwingend justiziabel und kontrollierbar ist, wenn sich der Staat, wie die Bundesrepublik der Rechtsprechung unterworfen hat. Das gilt nicht nur für Kriegsverbrechen in militärischen Auseinandersetzungen, sondern schon beim Bruch des Friedens durch Kriegsvorbereitung, Drohung mit Gewalt und schließlich manifeste Aggression. Dies macht Art. 26 GG noch einmal deutlich mit seinem ausdrücklichen Verbot des Angriffskrieges und von friedensstörenden Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören. Damit übersetzt er das zwingende Gewaltverbot des Art. 2 Z. 4 UN-Charta in Verfassungsrecht, was nicht unbedingt notwendig gewesen wäre, denn nach Art. 25 GG sind die deutschen Hoheitsträger ohnehin an die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ gebunden.

Artikel 25 GG hebt zusammen mit Art. 20 Abs. 3 GG, der die Hoheitsträger an „Recht und Gesetz“ bindet, noch einmal die Bedeutung des Rechts für die Friedenswahrung besonders hervor. Nimmt man das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 1 GG hinzu, so sind Parlament und Exekutive in der Friedens- und Sicherheitspolitik aufs engste miteinander verknüpft und dem verfassungsrechtlichen Friedensgebot ohne Unterschied unterworfen. Das gilt einschränkungslos auch für die Justiz und zwar sowohl in ihrer Erkenntnis- und Urteilspraxis wie auch in ihrer Kontrollfunktion gegenüber den beiden anderen Gewalten. Hier kann von einem „weit bemessenen Gestaltungsspielraum“ der Exekutive, hinter dem Legislative und Justiz zurückzustehen haben, keine Rede sein. Denn ein notwendiges Element der Bindung an Recht und Gesetz ist ihre Durchsetzung und Kontrolle durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit. Sie hat darauf zu achten, dass jeglicher politische Gestaltungsraum nicht die Grenzen des vorgegebenen Rechts und der Gesetze überschreitet. Dies ist ein grundlegendes demokratisches Verfassungsprinzip, von dem nur der Verfassungsgeber selbst abweichen kann. Art. 25 GG erweitert den Rahmen der rechtlichen Bindung aller drei Gewalten sogar, indem er in seinem Satz Zwei verfügt, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts den nationalen Gesetzen vorgehen und Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen. Das ist im internationalen Vergleich der Verfassungen ohne Beispiel und zeigt die Bedeutung, die der Verfassungsgeber dem Völkerrecht beigemessen hat. In der politischen und justiziellen Praxis ist diese Bedeutung allerdings nicht voll erkannt worden.

4. Ein Beispiel dieser mangelnden Einschätzung war die strafrechtliche Umsetzung des Verbots des Angriffskrieges (Art. 26 GG) durch § 80 StGB. Entsprechend dem Wortlaut war die Generalbundesanwaltschaft der Ansicht, er erfasse nur die Vorbereitung eines Angriffs, nicht aber den Beginn und die Ausführung einer Aggression, und wies z.B. mit dieser Begründung eine Strafanzeige gegen den Einsatz der Bundeswehr in Syrien zurück. Diese Ansicht entspricht jedoch in keiner Weise dem Regelungsziel des Art. 26 GG und dem Willen des Gesetzgebers von § 80 StGB, den er in seiner offiziellen Begründung festgehalten hat:

„§ 80 StGB umfasst nicht nur, wie der Wortlaut etwa annehmen lassen könnte, den Fall der Vorbereitung eines Angriffskrieges, sondern erst recht den der Auslösung eines solchen Krieges.“⁹

Mit ihrer bisher gewohnten Begründung wird sich die Anwaltschaft nach der Aufhebung des Art. 80 StGB und der Einführung des Straftatbestandes „Verbrechen der Aggression“ in § 13 Völkerstrafgesetzbuch nicht mehr aus der Affäre ziehen können, wenn auch die Unschärfe des Wortlauts der Vorschrift manch anderen Ausweg aus der Strafverfolgung eröffnet.

Jenseits des Strafrechts hat die Bundesregierung schließlich ein lange überfälliges Verfassungsversprechen eingelöst, einer „allgemeine(n), umfassende(n), obligatorische(n), internationale(n) Schiedsbarkeit“ beizutreten (Art. 24 Abs. 3 GG). 2008 hat sie gegenüber den Vereinten Nationen die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter die obligatorische Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs (IGH) erklärt.

Zunächst bedeutet die Unzulässigkeit des Organstreitverfahrens allerdings nicht, dass eine Entscheidung von Regierung und Parlament nicht vor dem Bundesverfassungsgericht angreifbar wäre. Wer auch immer in seinen Rechten verletzt wird, kann dagegen vor Gericht Klage erheben. Doch werden das in den allermeisten Fällen nur die ausländischen Opfer eines militärischen Auslandseinsatzes der Bundeswehr sein. Dies ist in der Vergangenheit von verschiedenen Klägern z.B. aus Jugoslawien und Griechenland versucht worden, allerdings ohne Erfolg. Für sie würde sich nunmehr eine Klagemöglichkeit eröffnen. Jedoch hat die Bundesregierung der Anerkennungserklärung zum IGH zwei Vorbehalte hinzugefügt, die für die Opfer eines Bundeswehreininsatzes ihre Klagemöglichkeit wieder zunichtemacht. So sollen völkerrechtliche Streitigkeiten über den Einsatz deutscher Soldaten im Ausland sowie Streitigkeiten über die Nutzung deutschen Hoheitsgebiets für militärische Zwecke ausdrücklich nicht in die Zuständigkeit des IGH fallen. Dies ist gerade der Kernbereich, weswegen dieser Tatbestand der „Aggression“ in der Tradition der Nürnberger Prozesse von 1945 sowohl in das Römische Statut wie auch in das deutsche Völkerstrafgesetzbuch aufgenommen worden ist. Faktisch hat also die Bundesregierung ihre Entscheidung im wichtigsten Anwendungsfall wieder zurückgenommen und allen Opfern deutscher Kriegseinsätze im Ausland die Tür zum IGH zugeschlagen. Ob es sich um den Vorwurf der Aggression und des Verstoßes gegen das Gewaltverbot (*ius ad bellum*, z.B. NATO-Krieg Jugoslawien 1999) oder den Vorwurf der Verletzung des Kriegsvölkerrechts (*ius in bello*, Afghanistan-Krieg seit 2001) durch Kriegsverbrechen handelt, die Bundesregierung hat mit diesen beiden Vorbehalten dem IGH sofort wieder die Zuständigkeit entzogen, ihre Kriegsführung immunisiert und den zahlreichen zivilen Opfern eine Entschädigung ohne richterliche Entscheidung versagt.

So problematisch diese Vorbehalte auch sind und unter der grundgesetzlichen Vorgabe des Friedensgebots abgelehnt werden müssen, so könnte allenfalls der Schutz der deutschen Souveränität zur Begründung vorgebracht werden. Deutsche Staatsangehörige sollen vor ausländischen Gerichten geschützt werden. Ein derartiges Argument kann jedoch gegenüber der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland nicht geltend gemacht

⁹ BT-Drucksache V/2860, S. 2, rechte Spalte, 2. Absatz.

werden. Es handelt sich nicht um Strafverfolgung und vor dem Verfassungsgericht gibt es keinen begründbaren Schutzanspruch.

5. Im Ergebnis begrüße ich den Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen und unterstütze ihn zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seinem schon zitierten Beschluss vom September 2019 selbst begründet hat:

„Dies ist sowohl Ausdruck der Kontrollfunktion des Parlaments als auch Instrument des Minderheitenschutzes. Vor dem Hintergrund der weitgehenden Übereinstimmung von Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem soll die Öffnung des Organstreits für andere Beteiligte als die obersten Bundesorgane nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates vor allem dazu dienen, Oppositionsfaktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen, um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Recht zu ermöglichen.“¹⁰

Die mit dem neuen Verfahren ermöglichte Kontrolle schränkt die außen- und sicherheitspolitische Beweglichkeit der Bundesregierung, die selbst daran interessiert sein muss, nur rechtskonform politisch zu agieren, in keiner Weise ein. Im Gegenteil, eine demokratisch und rechtsstaatlich unanfechtbare Politik stärkt diese nur und entlastet sie von späteren Zweifeln und Kritik.

Hamburg, den 8. Januar 2019

Prof. Dr. Norman Paech

¹⁰ BVerfG 2BvE 2/16, Rz. 25

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 Unterrichtserfordernis 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 umfangreiche 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 Streitkräfteinsatzes 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 Streitkräfteeinsatz 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).

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

am 13. Januar 2020

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

– Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von
Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland –

BT-Drucks. 19/14025

Stellungnahme von

Univ.-Prof. Dr. Karsten Schneider

Zur Vorbereitung der Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 13. Januar 2020 zum Entwurf der Abgeordneten Katja Keul, Luise Amtsberg, Canan Bayram, Kai Gehring, Britta Haßelmann, Monika Lazar, Dr. Tobias Lindner, Dr. Irene Mihalic, Dr. Konstantin von Notz, Filiz Polat, Tabea Rößner, Claudia Roth (Augsburg), Dr. Manuela Rottmann, Frithjof Schmidt, Jürgen Trittin und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland) – BT-Drucks. 19/14025 gebe ich folgende Stellungnahme ab:

- Der Gesetzentwurf schafft **Rechtsunsicherheit** hinsichtlich der Frage: Kann und wird der Zweite Senat auch zukünftig ganz oder teilweise an Vertretbarkeitskontrollen festhalten (können) oder werden in der neuen Verfahrensart sämtliche Rechtsfragen – einschließlich völkerrechtlich strittiger Vorfragen – durchentschieden werden müssen?
- Die rechtspraktische und **verfassungspolitische Relevanz** der genannten Rechtsunsicherheit über das Fortbestehen der Vertretbarkeitskontrollen ist hoch.
- Zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit erscheint eine **Ergänzung von § 96e Abs. 1 BVerfGG-E** angezeigt.
- Ein verfassungsrechtlicher Auftrag an den Gesetzgeber, das neue Verfahren zu schaffen, besteht nicht. Verfassungspolitische Gründe sprechen gegen ein Antragsrecht der Fraktionen.
- Es erscheint außerdem angezeigt, **§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG** zu ergänzen. Anderenfalls ergeben sich Unklarheiten mit hoher rechtspolitischer Relevanz hinsichtlich der Abstimmungserfordernisse über völkerrechtliche Vorfragen (insbesondere in den Anwendungsbereichen von Art. 24 Abs. 2 GG, Art. 25 GG und Art. 26 Abs. 1 GG).

I. Ausgangspunkt

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht im Organstreitverfahren **kein Raum für** eine allgemeine oder umfassende, d. h. von eigenen Rechten der Antragsteller losgelöste, **abstrakte Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit** einer angegriffenen Maßnahme (vgl. hierzu den Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG).¹ Insbesondere kann im Organstreit **keine Respektierung sonstigen (Verfassungs-)Rechts** erzwungen werden; der Organstreit dient allein dem Schutz der Rechte der Staatsorgane im Verhältnis zueinander, nicht aber einer allgemeinen Verfassungsaufsicht.² Das Grundgesetz hat den **Deutschen Bundestag nicht als umfassendes „Rechtsaufsichtsorgan“ über die Bundesregierung** eingesetzt. Aus dem Grundgesetz lässt sich kein eigenes Recht des Deutschen Bundestages dahingehend ableiten, dass jegliches materiell oder formell verfassungswidrige Handeln der Bundesregierung unterbleibe.³ Auch eröffnet der Organstreit **keine allgemeine Kontrolle außen- oder verteidigungspolitischer Maßnahmen der Bundesregierung**.⁴

2. Hinsichtlich der **verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Einsätzen** bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland führte die genannte Rechtsprechung in der Vergangenheit regelmäßig auch zur **Unzulässigkeit** von Anträgen in Organstreitverfahren.⁵

3. Wesentliche **völkerrechtliche Rahmenbedingungen** derartiger Einsätze sind **völkerrechtlich nicht unumstritten**: Inhalt und Reichweite einzelner Durchbrechungen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes, Voraussetzungen und Tragweite des Rechts auf (kollektive) Selbstverteidigung, einzelne Befugnisse im Rahmen sog. humanitärer Interventionen sowie Fort- und Weiterentwicklungen der vertraglichen Grundlagen unterschiedlicher Systeme kollektiver

¹ Vgl. BVerfGE 73, 1 (30); 80, 188 (212); 104, 151 (193 f.); 118, 277 (318 f.); 136, 190 (192 Rn. 5); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

² Vgl. BVerfGE 100, 266 (268); 118, 277 (319); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

³ Vgl. BVerfGE 68, 1 (72 f.); 126, 55 (68); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

⁴ Vgl. BVerfGE 118, 244 (257); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

⁵ Vgl. BVerfGE 117, 357 – *Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan*; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. März 2007 – 2 BvE 1/07 –, juris – *Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan*; BVerfGE 124, 267 – *Kosovo*; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 – *Syrien*.

Sicherheit sowie des Völkergewohnheitsrechts sind Gegenstand vielstimmiger internationaler Diskurse unter Einschluss einer hohen Anzahl staatlicher, über- und nichtstaatlicher Akteure, deren (auch nur vorläufig abgesicherte) normative Zwischenergebnisse in der **internationalen Völkerrechtswissenschaft durchaus kontrovers diskutiert** werden. Außerhalb des Selbstverteidigungsrechtes und der Ermächtigung durch den UN-Sicherheitsrat besteht ein weites Spektrum **umstrittener Rechtfertigungsgründe**. Sie beziehen sich auf Typen der Gewaltanwendung, die sich nach dem gegenwärtig als abgesichert zu betrachtenden Stand der Völkerrechtsentwicklung in einer Grauzone **zwischen klarer Völkerrechtswidrigkeit und verlässlicher Rechtfertigung** bewegen. Zahlreiche Rechtfertigungsstrategien beruhen auf (realen oder jedenfalls wahrgenommenen) Defiziten des UN-Systems kollektiver Sicherheit, d.h. aus (vermeintlich) im System angelegtem Versagen des Sicherheitsrates.⁶ Völkerrechtlich sind auch Fälle militärischer Gewaltanwendung denkbar, die sich weder als Angriffs- noch als Verteidigungskrieg im Sinne des Grundgesetzes qualifizieren lassen.

4. Zentrale **verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen** derartiger Einsätze knüpfen ihrerseits an diese völkerrechtlichen Unschärfen an und stehen hierzu in zahlreichen **Verweisungszusammenhängen**: **Art. 25 GG** ordnet die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechtes an, namentlich also die Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbotes; **Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG** bezweckt einen bereichsspezifischen Gleichklang zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, beschränkt sich eben nicht auf eine Wertentscheidung der Verfassung für den Frieden in der Welt, sondern weist den Fundamentalnormen der **völkerrechtlichen Friedenssicherung** – im scharfen Gegensatz zu sonstigen „allgemeinen Regeln“ – **Verfassungsrang** zu.⁷ **Art. 24 Abs. 2 GG** kann seinerseits – vermittelt über das „Gebot der Friedenswahrung“ – jedenfalls nicht völlig abgekoppelt von völkerrechtlichen (Vor-)Fragen interpretiert werden. Neben den genannten ausdrücklichen Bestimmungen des Grundgesetzes schließt auch der ungeschriebene **Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes**⁸ aus, von einer strikten und endgültigen Trennung verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Fragen auszugehen.

⁶ Ausführlich *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 88. EL August 2019, GG Art. 26 Rn. 31.

⁷ Vgl. BeckOK Grundgesetz/*Heintschel von Heinegg*, 41. Ed. 1.3.2015, GG Art. 26 Rn. 2.

⁸ Vgl. BVerfGE 141, 1 (26 ff.).

5. Das **Bundesverfassungsgericht** kann sich (und muss sich aus verfassungsprozessualen⁹ Gründen) im Rahmen von Organstreitverfahren bislang darauf beschränken, die **völkerrechtliche Bewertung** von Einsätzen bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland auf **Vertretbarkeit** zu überprüfen. Danach ist der völkerrechtliche Prüfungsmaßstab – jedenfalls bei sämtlichen prozessstandschaftlichen Anträgen einzelner Fraktionen des Deutschen Bundestags – materiell zurückgenommen. Verletzungen eigener Rechte des Deutschen Bundestages kommen insoweit nur dann in Betracht, wenn sich die Zustimmung der Bundestagsmehrheit zu einem Antrag der Bundesregierung (§§ 1 Abs. 2, 3 ParlBG) auf einen Einsatz bezieht, der sich nicht lediglich außerhalb des vom jeweiligen Zustimmungsgesetz gezogenen Ermächtigungsrahmens bewegt, also nicht bereits dann, wenn lediglich gegen einzelne Bestimmungen des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrags verstoßen werden sollte.¹⁰

Der **verfassungsrechtliche Maßstab des Bundesverfassungsgerichts** setzt **aus verfassungsprozessualen Gründen** im Organstreit voraus, dass auf Antrag des Deutschen Bundestages ein Verfassungsverstoß erst dann festgestellt wird, wenn sich jenseits eines weit bemessenen Gestaltungsspielraums der Bundesregierung eine Überschreitung des vom ursprünglichen Zustimmungsgesetz vorgezeichneten Ermächtigungsrahmens nachweisen lässt, wenn also eine konsensuale Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerks verstößt und damit den Boden des dort festgelegten politischen Programms verlässt.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht prüft lediglich in diesem Umfang, ob ein bestimmtes völkerrechtliches Handeln der Regierung durch das Vertragsgesetz und dessen verfassungsrechtlichen Rahmen gedeckt ist.¹²

⁹ Eine Verletzung der Rechte des Deutschen Bundestages kann im Organstreit nicht darauf beruhen, dass eine Verletzung völkerrechtlicher Normen lediglich völkerrechtlich „vertretbar“ ist. Denn erforderlich – und damit in dieser prozessualen Konstellation entscheidungserheblich – ist das Vorliegen einer konsensualen Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit in der Weise, dass gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerks verstoßen wird und damit der Boden des dort festgelegten politischen Programms verlassen wird. Solange sich die angegriffenen Maßnahmen noch im vertretbaren Rahmen des Vertragswerks bewegen, ist der „Boden des dort festgelegten politischen Programms“ noch nicht verlassen (und Verletzungen der Rechte des Deutschen Bundestages kommen insoweit nicht in Betracht), vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 37 m.w.Nachw. zur ständigen Rechtsprechung.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 37.

¹¹ Vgl. BVerfGE 104, 151 (210); 118, 244 (260 f.); 121, 135 (158); Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 38.

¹² Vgl. BVerfGE 58, 1 (36 f.); 68, 1 (102 f.); 90, 286 (346 ff., 351 ff.); 104, 151 (196); 118, 244 (261); Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 38.

II. Zwischenergebnis

1. Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen¹³ für den Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland sind derzeit – **aus verfassungsprozessualen Gründen**, die sich aus Besonderheiten des Organstreitverfahrens speisen – lediglich eingeschränkt nachprüfbar in Gestalt von Vertretbarkeitskontrollen.

2. **Zentrale völkerrechtliche Kontroversen** über die rechtliche Zulässigkeit von Einsätzen bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland spiegeln sich deswegen derzeit zwar **im parlamentarischen Raum**, werden aber nicht „in Karlsruhe“ entschieden.¹⁴

3. **Aus verfassungsprozessualen Gründen**, die sich aus Besonderheiten des Organstreitverfahrens speisen, gilt: Der Zweite Senat stellt unter Bedingungen völkerrechtlicher Ungewissheiten weder „endgültig“¹⁵ noch „letztverbindlich“¹⁶ das Völkerrecht klar – und er bildet das Völkerrecht (selbstverständlich) auch nicht „endgültig“¹⁷ oder „letztverbindlich“¹⁸ fort.¹⁹ **Im völkerrechtlichen Meinungsstreit** beansprucht der Zweite Senat **kein „letztes Wort“**, er schwingt sich nicht auf zum Obergutachter über völkerrechtliche Streitfragen und er nimmt erst recht nicht die Rolle eines Schiedsrichters im völkerrechtlichen Meinungsstreit ein.²⁰

¹³ Oben I. 3.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

¹⁹ Entscheidungen bedeutender innerstaatlicher Gerichte stellen sich im Völkerrecht als Rechtserkenntnisquellen dar. Entscheidungstragende Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zur völkerrechtlichen Rechtslage würden das Gericht zu nicht mehr – aber auch nicht weniger – als einem qualifizierten Diskursteilnehmer machen.

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 46: „Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Bundesverfassungsgericht die völkerrechtliche Einschätzung der Antragsgegner, die dem gerügten Handeln zugrunde liegt, teilt (vgl. BVerfGE 118, 244 <268>). Die Prüfung beschränkt sich vielmehr grundsätzlich darauf, ob die Annahmen außerhalb des Vertretbaren liegen (vgl. BVerfGE 118, 244 <269>). 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 Sicherheits Herausforderungen ist Aufgabe der Bundesregierung (vgl. BVerfGE 121, 135 <158>) und bewegt sich regelmäßig innerhalb des vertragsgesetzlichen Ermächtigungsrahmens.“

III. Wegfall der bisherigen verfassungsprozessualen Beschränkungen infolge des neuen Verfahrens in den Fällen des § 13 Nummer 14a BVerfGG-E

1. Der Gesetzentwurf will eine Verfahrensart einführen, die den Fraktionen und einem Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages die Möglichkeit eröffnet, verfassungsgerichtlich prüfen zu lassen, ob ein nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes getroffener Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz übereinstimmt.

2. Hierdurch **entfällt die bisherige verfassungsprozessuale Einschränkung**, wonach im Organstreit ausdrücklich kein Raum ist für eine allgemeine oder umfassende, d. h. von eigenen Rechten der Antragsteller losgelöste, **abstrakte Kontrolle** der Verfassungsmäßigkeit einer angegriffenen Maßnahme.²¹ Ebenso entfällt insoweit die bisherige Einschränkung des Organstreits, der keine **allgemeine Kontrolle außen- oder verteidigungspolitischer Maßnahmen der Bundesregierung** ermöglicht.²²

3. In Umkehrung der bisherigen Formel²³ des Zweiten Senates lässt sich das neue Verfahren in den Fällen des § 13 Nummer 14a BVerfGG-E dahingehend zusammenfassen, dass hierdurch **Fraktionen des Deutschen Bundestages²⁴ nun grundsätzlich als – bereichsspezifisch umfassende – „Rechtsaufsichtsorgane“ über Bundesregierung und Bundestag** eingesetzt werden. Hierbei gilt im Einzelnen:

- **Antragsgegenstand** ist lediglich der **Beschluss des Deutschen Bundestages** gem. § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes (§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E).

²¹ Vgl. BVerfGE 73, 1 (30); 80, 188 (212); 104, 151 (193 f.); 118, 277 (318 f.); 136, 190 (192 Rn. 5); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

²² Vgl. BVerfGE 118, 244 (257); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

²³ Vgl. BVerfGE 68, 1 (72 f.); 126, 55 (68); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28. – „Das Grundgesetz hat den Deutschen Bundestag nicht als umfassendes „Rechtsaufsichtsorgan“ über die Bundesregierung eingesetzt. Aus dem Grundgesetz lässt sich kein eigenes Recht des Deutschen Bundestages dahingehend ableiten, dass jegliches materiell oder formell verfassungswidrige Handeln der Bundesregierung unterbleibe.“

²⁴ Gleiches gilt auch für ein Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages (§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E).

- Zu einem **mittelbaren Antragsgegenstand** wird dabei der **Antrag der Bundesregierung** auf Zustimmung zum Einsatz der Streitkräfte gem. § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes.
- **Kein Antragsgegenstand ist der Einsatz selbst.** Das neue Verfahren eröffnet also keine Möglichkeiten der Überprüfung, inwieweit sich ein laufender Einsatz noch innerhalb eines durch einen Beschluss des Deutschen Bundestages gem. § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes abgesteckten Rahmens hält.²⁵ Ebenfalls nicht kontrollierbar in Verfahren der Fälle des § 13 Nummer 14a BVerfGG-E sind die Fragen, inwieweit **operative Modalitäten** und **exekutivische Einsatzaspekte vor Ort** ihrerseits mit dem Grundgesetz übereinstimmen.

IV. **Rechtsunsicherheit über die Folgen des Wegfalls der bisherigen verfassungsprozessualen Beschränkungen**

1. Ein bemerkenswerter Aspekt des neuen Verfahrens in den Fällen des § 13 Nummer 14a BVerfGG-E liegt darin, dass gesetzlich **lediglich negativ entschieden** wird, **welche** verfassungsprozessuale **Beschränkung entfällt**: nämlich die bisherige Beschränkung, wonach kein Raum ist für allgemeine oder umfassende, d. h. von eigenen Rechten der Antragsteller losgelöste, abstrakte Kontrollen der Verfassungsmäßigkeit angegriffener Maßnahmen.²⁶

2. Weder aus dem Gesetzentwurf noch aus der Rechtsprechung des Zweiten Senates ergibt sich indes **positiv**, welche verfassungsrechtlichen **Prüfungsmaßstäbe an die Stelle der bisherigen Prüfprogramme treten** werden, die bislang sämtlichen Organstreitverfahren anlässlich von Einsätzen der Bundeswehr im Ausland zugrunde lagen.

²⁵ Vgl. zu einer solchen Konstellation insbesondere BVerfGE 124, 267 – *Kosovo*.

²⁶ Vgl. BVerfGE 73, 1 (30); 80, 188 (212); 104, 151 (193 f.); 118, 277 (318 f.); 136, 190 (192 Rn. 5); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2018 - 2 BvE 1/ 18 -, Rn. 18; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 28.

IV.a. Insbesondere entsteht Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage: Kann und wird der Zweite Senat auch zukünftig ganz oder teilweise an Vertretbarkeitskontrollen festhalten oder werden in der neuen Verfahrensart sämtliche Rechtsfragen durchentschieden werden müssen?

1. Die zukünftigen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe, die im Rahmen der neuen Verfahrensart darüber entscheiden werden, ob angegriffene Beschlüsse des Deutschen Bundestages „**mit dem Grundgesetz übereinstimmen**“ (vgl. § 96e Abs. 1 BVerfGG-E), sind unklar.

2. Die bisherige **verfassungsprozessuale Begründung** für die Vertretbarkeitskontrollen **entfällt** im Rahmen der neuen Verfahrensart.²⁷

3. Über **materiell-verfassungsrechtliche Begründungen** für Vertretbarkeitskontrollen, die sich unabhängig von der im Rahmen der neuen Verfahrensart entfallenden verfassungsprozessualen Begründung ergeben, musste der Zweite Senat **noch nicht entscheiden**.

4. Der vorgeschlagene **Wortlaut** des Entwurfs („Überprüfung, ob ein nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes getroffener Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz übereinstimmt“²⁸) ist **offen** hinsichtlich mehrerer Fragen:

- Wird es auch zukünftig bei Subsumtionen unter **Art. 24 Abs. 2 GG** dabei bleiben (können), dass 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 Aufgabe der Bundesregierung“²⁹ ist? Und wird der Zweite Senat an seiner bisherigen Vermutung festhalten (können), wonach sich die völkerrechtliche Interpretation der Bundesregierung regelmäßig innerhalb des vertragsgesetzlichen Ermächtigungsrahmens bewegt?³⁰ Oder wird der Zweite Senat die Bundesregierung mit einer **Karlsruher Interpretation von Rechten und Pflichten in einem System nach Art. 24 Abs. 2 GG** außenpolitisch binden (vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG)?

²⁷ Vgl. dazu oben I.5.

²⁸ Vgl. § 96e Abs. 1 BVerfGG-E

²⁹ Vgl. BVerfGE 121, 135 (158); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 46.

³⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 46.

- Wird (ganz oder teilweise) der **völkerrechtliche Meinungsstreit** zu modernen Fragen von Inhalt und Reichweite des Gewaltverbotes (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta), der Auslegung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates und zu Befugnissen im Rahmen des Rechts auf Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta) – **vermittelt über das Gebot der Friedenswahrung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG** – anlässlich der neuen Verfahrensart in Karlsruhe **durchentschieden** werden?³¹ Oder wird sich der Zweite Senat insoweit auf die Feststellung einer „offenkundigen Verletzung der Charta der Vereinten Nationen“ (vgl. in diesem Sinne etwa § 13 Abs. 1 VStGB) zurückziehen können?
- Besteht die Möglichkeit oder ergibt sich sogar die Notwendigkeit – **vermittelt über Art. 25 GG**³² – völkerrechtlich offene Rechtsfragen des Gewaltverbotes in Karlsruhe durchzuentcheiden? Oder wird sich der Zweite Senat in der umstrittenen³³ Frage, ob Verstöße gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 Satz 1 GG zugleich auch Verstöße gegen Verfassungsrecht darstellen, eindeutig auf die Seite der (wohl herrschenden) Meinung stellen, wonach Verletzungen der allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht per se als Verletzungen von Art. 25 GG anzusehen sind? Falls nicht: Wird sich der Zweite Senat auch im Anwendungsbereich von Art. 25 GG auf die **Feststellung offenkundiger Verletzungen** des Gewaltverbotes beschränken?
- Welche Position wird der Zweite Senat zum **Störungsverbot des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG** einnehmen? Auch insoweit ergibt sich die Möglichkeit, offene Fragen des Völkerrechts mittelbar zu Fragen des Verfassungsrechts zu machen, die in Karlsruhe zukünftig durchentschieden werden. Soweit sich das Bundesverfassungsgericht insoweit nicht darauf beschränken sollte, lediglich völkerrechtlich hinreichend klare Verstöße festzustellen, könnten sich hier **Einschränkungen für das Spektrum sicherheitspolitischer Optionen** ergeben. In Abkehr von der bisherigen völkerrechtlichen Vertretbarkeitskontrolle wäre etwa eine Auslegung von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG denkbar, wonach sich die Bundesrepublik Deutschland in der Vorsorge für Sicherheitsrisiken mit minimalistischen Standards (im Sinne eines Ansatzes, wonach vorsorglich stets die völkerrechtlich pazifistischste vertretbare Position gewählt werden müsste) zu begnügen hätte,

³¹ Vgl. zu naheliegenden völkerrechtlichen Argumentationslinien etwa den Vortrag der Antragstellerin in BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 10 ff. (insbesondere Rn. 13, 15, 18).

³² Auf diese Bestimmung nimmt die Begründung des Gesetzesentwurfs – bereits im ersten Satz – ausdrücklich Bezug, vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

³³ Vgl. *Matz-Lück*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, §§ 83, 84 Rn. 51 m.w.Nachw.

etwa mit Blick auf „asymmetrische“ Bedrohungsszenarien aufgrund des internationalen Terrorismus und der Mitwirkung an friedensschaffenden oder friedenserhaltenden Maßnahmen im Rahmen von Mandaten des UN-Sicherheitsrates.³⁴

5. Die **Begründung des Gesetzesentwurfes** legt in aller Deutlichkeit nahe, dass der **Zweck** des neuen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht darin gesehen wird, die bisherigen Vertretbarkeitskontrollen, die aus den Organstreitverfahren bekannt sind, zu beenden: „Bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr **darf es nicht darauf ankommen, ob man ‘vertreten’ kann**, dass diese sich im Rahmen der Verfassung halten, sondern die entsprechenden Fragen müssen einer **endgültigen und verbindlichen Klärung** durch das Bundesverfassungsgericht zugänglich sein.“³⁵ Diese Begründung, die sich klar gegen Vertretbarkeitskontrollen ausspricht, lässt zwar ihrerseits nicht ganz klar erkennen, ob die völkerrechtliche oder die verfassungsrechtliche Vertretbarkeit gemeint ist. Aber angesichts der engen normativen Verweisungszusammenhänge zwischen Art. 24 Abs. 2 GG (**Gebot der Friedenswahrung**), Art. 25 GG (**Gewaltverbot**), Art. 26 Abs. 1 GG (**Störungsverbot**) und dem Grundsatz der **Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes** einerseits und den völkerrechtlichen Auslegungsproblemen andererseits, liegt es nicht nahe anzunehmen, dass die gesetzliche Neuregelung Vertretbarkeitskontrollen auf Verfassungsebenen zu beenden, mit Blick auf die fallentscheidenden völkerrechtlichen Vorfragen aber Vertretbarkeitskontrollen beizubehalten beabsichtigt.

6. Ob und inwieweit das Bundesverfassungsgericht seine **allgemeine Rechtsprechungslinie** zum **Spielraum der Bundesregierung im Bereich auswärtiger Politik** wird fruchtbar machen können, um sich ganz oder teilweise für oder gegen Vertretbarkeitskontrollen im Rahmen des neuen Verfahrens zu entscheiden, erscheint **fraglich**. Grundsätzlich geht der Zweite Senat in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Grundgesetz der Bundesregierung im Bereich auswärtiger Politik einen **weit bemessenen Spielraum** zu eigenverantwortlicher Aufgabewahrnehmung überlässt.³⁶ Danach sind „**sowohl die Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtsprechenden Gewalt ... in diesem Bereich beschränkt, um die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit Deutschlands nicht in einer Weise**

³⁴ Zur Ablehnung minimalistischer Standards im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG etwa *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 88. EL August 2019, GG Art. 26 Rn. 48.

³⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4.

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 34.

einzuschränken, die auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinausliefe³⁷. Allerdings endet der Spielraum der Bundesregierung dort, wo verfassungsrechtliche Vorgaben die Handlungsoptionen einschränken.

Wenn und soweit das Bundesverfassungsgericht also zukünftig auf Vertretbarkeitskontrollen verzichten sollte, wären Handlungsoptionen der Bundesregierung gegebenenfalls versperrt. Es wäre ein **Fehlschluss**, aus den bisherigen Spielräumen der Exekutive Annahmen darüber ableiten zu wollen, welche Spielräume verbleiben werden, nachdem die neue Verfahrensart eingeführt worden sein sollte. Es erscheint nicht undenkbar, den Auftrag des (das BVerfGG ändernden) Gesetzgebers auch so zu verstehen, einen genaueren Blick auf materielle Bestimmungen zu werfen, die bislang lediglich völkerrechtliche Vertretbarkeitskontrollen bewirken konnten.

IV.b. Praktische Relevanz der genannten Rechtsunsicherheit über das Fortbestehen der Vertretbarkeitskontrollen

1. Die oben³⁸ genannte Rechtsunsicherheit hat **hohe praktische Relevanz**. Nicht sehr fernliegende politische Szenarien wie der Einsatz der deutschen Marine zur Sicherung der freien Schifffahrt in der Straße von Hormuz, ein multinationales Engagement in Nordsyrien, Unterstützung fremder Staaten gegen Terrorangriffe und wohl auch die militärische Rettung eigener Staatsangehöriger lassen sich auf der Grundlage (wenn auch umstrittener) völkerrechtlicher Argumente verfassungsrechtlich kritisieren.³⁹ Soweit das Bundesverfassungsgericht in den völkerrechtlichen Grauzonen zukünftig verbindlich gegen spezifische Einsatzszenarien entscheiden sollte, namentlich weil es sich einseitig – und in Abkehr von der bisherigen Vertretbarkeitskontrolle – ausgeprägt pazifistische Positionen der Völkerrechtslehre zu eigen machen sollte, hätte dies unmittelbare **Auswirkungen auf den Handlungsspielraum der Bundesregierung im sicherheitspolitischen Raum**.

³⁷ Vgl. BVerfGE 68, 1 (87 f.); 90, 286 (363 f.); 104, 151 (207); 118, 244 (259); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 34.

³⁸ Siehe IV.a.

³⁹ Vgl. zu diesen Szenarien *Herdegen*, FAZ vom 2. Januar 2020, S. 7.

2. Mit einem enger abgesteckten Rahmen der außen- und sicherheitspolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung dürften zugleich auch **politische Vorentscheidungen getroffen** werden über zukünftige Fähigkeiten der Bundeswehr, an europäischen Verbundstrukturen beteiligt sein zu können. Insoweit wäre nicht nur an die vorhandenen und zukünftigen Strukturen der **Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP)** der Europäischen Union zu denken, sondern auch an die möglichen Formate einer zukünftig engeren verteidigungspolitischen **Kooperation mit dem Vereinigten Königreich in der post-BREXIT-Phase**.

3. Die Rechtsunsicherheit über den Fortbestand der Vertretbarkeitskontrollen hinsichtlich völkerrechtlicher Vorfragen dürfte auch mit Blick auf – die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartenden⁴⁰ – **Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen** beachtliche Risiken in der Praxis bergen. Nicht eindeutig lässt sich vorab abschätzen, ob der Zweite Senat in derlei Eilfällen gezwungen sein könnte, **summarische Prüfungen** der Hauptsache vorzunehmen oder ob er in diesen Konstellationen an der sog. Doppelhypothese festhalten wird.⁴¹ Diese Rechtsunsicherheit des vorläufigen Rechtsschutzes wird die Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Vertretbarkeitskontrolle zusätzlich vergrößern.

IV.c. Formulierungsvorschlag zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit

1. Sofern der **Gesetzgeber** den außen- und sicherheitspolitischen Handlungsspielraum der Bundesregierung durch das neue Verfahren **nicht einschränken** möchte, würde es sich anbieten, die **Formulierung des Gesetzesentwurfes zu präzisieren**.

2. Auch dann, wenn eine **Einschränkung** des außen- und sicherheitspolitischen Handlungsspielraums der Bundesregierung dahingehend **gewünscht** sein sollte, dass – anders als bisher – im Rahmen der völkerrechtlich vertretbaren Optionen nur noch diejenigen Optionen verfügbar sein sollen, die das Bundesverfassungsgericht sich zu eigen macht, wäre eine **Klarstellung** in der Formulierung des Gesetzesentwurfes **hilfreich**. Wie oben⁴² ausgeführt ist es auf der

⁴⁰ Gem. § 96e Abs. 1 BVerfGG-E räumt die Antragsbefugnis jeder Fraktion des Deutschen Bundestages ein.

⁴¹ Vgl. *Schneider*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, §§ 32 Rn. 341 ff. m.w.Nachw.

⁴² Siehe IV.a.

Grundlage des Gesetzentwurfes nicht ausgeschlossen, dass das Gericht im Rahmen der neuen Antragsart ganz oder teilweise an der Vertretbarkeitskontrolle festhalten wird.

3. Als Formulierungsvorschlag bietet sich an, die Regelung in **§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E wie folgt zu ergänzen:**

„Den Antrag auf Überprüfung, ob ein nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes getroffener Beschluss des Deutschen Bundestages mit dem Grundgesetz übereinstimmt **und nicht offensichtlich gegen Völkerrecht verstößt**, können ein Viertel der Mitglieder des Bundestages (oder eine Fraktion des Bundestages)⁴³ stellen.“⁴⁴

Der hier verwendete Begriff der Offensichtlichkeit ist verfassungsprozessual ausjudiziert (vgl. § 24 S. 1 BVerfGG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet der Rechtsbegriff „offensichtlich“, dass im Zeitpunkt der Entscheidung – über das von den Beteiligten Vorgetragene hinaus – **kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der dem gestellten Antrag zum Erfolg verhelfen könnte**.⁴⁵ „Offensichtlich“ bedeutet dabei nach der Rechtsprechung des Gerichts nicht „einfach, überschaubar oder von vornherein aussichtslos“. Das Offensichtlichkeitsverdikt kann auch am Ende einer Prüfung stehen.⁴⁶

4. Die Ergänzung würde klarstellen, dass der Zweite Senat bei allen **völkerrechtlichen Vorfragen**, die das Ergebnis der Auslegung von Art. 24 Abs. 2 GG, Art. 25 GG und Art. 26 GG gegebenenfalls präjudizieren, weder gezwungen wird, **einseitig für den Geltungsbereich** des Grundgesetzes völkerrechtliche Fragen zu entscheiden, die in der Staatengemeinschaft (noch) keinen Konsens gefunden haben (und die durch einseitige Entscheidungen eines staatlichen Verfassungsgerichts auch nicht völkerrechtlich verbindlich entschieden werden können⁴⁷).

⁴³ Zur fehlenden verfassungspolitischen Begründbarkeit der Antragsbefugnis einer Fraktion siehe unten V. 3.

⁴⁴ Eine entsprechende Ergänzung müsste dann in § 96h BVerfGG-E vorgenommen werden, evtl. auch bereits in § 13 Nr. 14a BVerfGG-E.

⁴⁵ *Dollinger*, in: Burkiczak/ders./Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 24 Rn. 25 m.w.Nachw.

⁴⁶ *Dollinger*, in: Burkiczak/ders./Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 24 Rn. 26.

⁴⁷ Unklar insoweit die Begründung des Gesetzentwurfes, vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4 – „Bei derartig wesentlichen Gegenständen muss die Möglichkeit bestehen, dass verfassungsrechtliche Grundsatzfragen letztverbindlich durch das Bundesverfassungsgericht beantwortet werden.“

5. Die Ergänzung würde zudem garantieren, dass der bestehende außen- und sicherheitspolitische **Handlungsspielraum der Bundesregierung nicht** dadurch **modifiziert** wird, dass das Bundesverfassungsgericht zu innerstaatlichen Konkretisierungen des Völkerrechts gezwungen wird, die ihrerseits völkerrechtlich unverbindlich wären und keinen der staatlichen und überstaatlichen Partner der Bundesrepublik Deutschland verpflichten würde.

6. Der **Verzicht auf überspezifisches Völkerrecht im Geltungsbereich des Grundgesetzes** würde gewährleisten, dass für die Bundesregierung im Rahmen einer zukünftigen Sicherheitsarchitektur keine strengeren „völkerrechtlichen“⁴⁸ Vorgaben bestehen würden als für die internationalen Partner. Letztlich dient dies auch dem Schutz der dauerhaften **Bündnis- und Integrationsfähigkeit** der Bundesrepublik Deutschland,⁴⁹ der **völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit** der Bundesrepublik Deutschland⁵⁰ und der **Stabilität außenpolitischer Beziehungen**.⁵¹

7. Schließlich ergäbe sich aus der Klarstellung auch ein **Gleichlauf des neuen Verfahrens** mit dem schon bisher existierenden völkerrechtlichen Verifikationsverfahren (**Art. 100 Abs. 2 GG, §§ 83 f. BVerfGG**).⁵² In beiden Verfahrensarten würde das Bundesverfassungsgericht dann kein „Karlsruher Völkerrecht“ feststellen, das lediglich im Geltungsbereich des Grundgesetzes verbindlich wäre. Festgestellt würde in beiden Verfahrensarten ausschließlich international belastbar anerkanntes Völkerrecht.

V. Zur Frage der verfassungspolitischen Notwendigkeit der neuen Verfahrensart

1. Die „Rechtsschutzlücke“⁵³, die der Gesetzentwurf schließen möchte, ist im **gewaltenteiligen System des Grundgesetzes** grundsätzlich kein Fremdkörper. Das Bundesverfassungsgericht,

⁴⁸ Es würde sich lediglich um innerstaatlich konkretisiertes Völkerrecht handeln, das auch nur innerstaatlich verbindlich wäre.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 88, 173 (174, 183); 125, 385 (393 f.).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 93, 248 (257).

⁵¹ Vgl. BVerfGE 16, 220 (229); 33, 195 (197); 35, 193 (196 f.); 118, 111 (122).

⁵² Vgl. näher zum Völkerrechtsverifikationsverfahren *Matz-Lück*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, §§ 83, 84 Rn. 32 ff. m.w.Nachw.

⁵³ Dahingehend dürfte die Entwurfsbegründung BT-Drucks. 19/14025, S. 4, zu deuten sein: „Dennoch gibt es für die Beteiligten an der Debatte bislang keinen klaren Weg, um derartige Rechtsfragen dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Diese Situation ist dem Rechtsstaat unangemessen.“

das gerade im Bereich der auswärtigen Gewalt, der Verteidigungspolitik und bei sonstigen politisch bedeutsamen Fragen der Exekutive – jedenfalls in Ermangelung anderweitiger verfassungsrechtlicher Maßstäbe – prinzipiell einen weiten **Gestaltungsspielraum** attestiert, der sich verfassungsgerichtlicher Entscheidung entziehe, hat dieses Resultat bislang nicht als rechtsstaatlich problematisch bezeichnet.⁵⁴

2. Die Formulierung⁵⁵ des Zweiten Senates, auf die in der Entwurfsbegründung verwiesen wird,⁵⁶ ist auch **kein Auftrag an den Gesetzgeber**. Es handelt sich vielmehr um ein aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bekanntes **Standardargument**, das regelmäßig gegenüber Antragstellern verwendet wird, die entgegen dem im Grundgesetz verankerten Enumerationsprinzip⁵⁷ versuchen, durch Rekurs auf (echte oder vermeintliche) Wertungswidersprüche, an der geschriebenen Prozessordnung vorbei neue Verfahrensarten zu schaffen. Namentlich das **Plenum des Bundesverfassungsgerichts** hat ungeschriebenen Rechtsmitteln zur Schließung vermeintlicher Lücken im Rechtsschutzsystem deutlich abgelehnt eine klare Absage erteilt: „Um Lücken im bisherigen Rechtsschutzsystem zu schließen, sind von der Rechtsprechung teilweise außerhalb des geschriebenen Rechts außerordentliche Rechtsbehelfe geschaffen worden (...). Diese genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht. Die Rechtsbehelfe müssen in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt (...) sein.“⁵⁸

3. Überzeugende **Gründe für ein Antragsrecht der Fraktionen sind nicht ersichtlich**. Das verfassungsgerichtliche Verfahren wird ohne Grund politisiert. Wenn und soweit der Gesetzgeber wirklich sicherstellen möchte (wofür aus meiner Sicht nichts spricht),⁵⁹ dass tatsächlich jeder

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 68, 1 (86); zustimmend in diesem Sinne wohl auch *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 93 Rn. 53: „Die in Art. 20 Abs. 2 normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten dient zumal der Verteilung von politischer Macht und Verantwortung sowie der Kontrolle der Machttträger; sie zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“

⁵⁵ „Es ist Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers und nicht des Bundesverfassungsgerichts, neue Verfahrensarten zu schaffen, um Wertungswidersprüchen, wie sie die Antragstellerin behauptet, entgegenzuwirken.“

⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/14025, S. 4: „Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 17. September 2019 (2 BvE 2/16) zum Syrien-Einsatz ausgeführt, dass die Ermöglichung verfassungsgerichtlicher Kontrolle Sache des Gesetzgebers ist (aaO Rz 44).“

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 2, 341 (346); 21, 52 (53 f.); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 -, Rn. 44.

⁵⁸ BVerfGE 107, 395 (416).

⁵⁹ Verfassungspolitische Gründe, die dafürsprächen, sind freilich weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

zukünftige Beschluss des Deutschen Bundestages in Karlsruhe überprüft wird, könnte er ein Antragsrecht für „Jedermann“ vorsehen, analog zur Verfassungsbeschwerde. Letztlich dürfte das Antragsrecht der Fraktionen bei lebensnaher Betrachtung in der Praxis darauf hinauslaufen, dass für Auslandseinsätze zukünftig stets drei gleichberechtigte Voraussetzungen vorliegen müssten: ein Antrag der Bundesregierung, eine Zustimmung des Deutschen Bundestages und die Entscheidung des Zweiten Senats.

VI. § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG

1. Die allgemeinen Regeln des Verfassungsprozessrechts sehen vor, dass bei „**Stimmengleichheit** (...) ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden“ kann“ (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG). Der Entwurf wählt in § 13 Nr. 14a BVerfGG-E zwar die **Formulierung „mit dem Grundgesetz vereinbar“**, ordnet aber in § 96h BVerfGG-E an, dass eine Feststellung nur dann erfolgen soll, wenn das Gericht zu der Überzeugung kommt, „dass ein in § 96e Abs. 1 bezeichneter Beschluss des Deutschen Bundestages **gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt**“.

2. Auch dann, wenn das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung des § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG im Rahmen der neuen Verfahrensart grundsätzlich anwenden wird, bleiben indes **verfassungsprozessrechtliche Unklarheiten** hinsichtlich der Abstimmungserfordernisse über die völkerrechtlichen Vorfragen der Art. 24 Abs. 2 GG, Art. 25 GG, Art. 26 Abs. 1 GG. Denn in **völkerrechtlichen Verifikationsverfahren** (Art. 100 Abs. 2 GG) findet § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG jedenfalls keine unmittelbare Anwendung.⁶⁰ Ein nicht fernliegendes Szenario wäre beispielsweise die Stimmengleichheit über das Vorliegen eines völkerrechtlichen Ausnahmetatbestands gegenüber dem Gewaltverbot oder über die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes. Ob in derlei Fällen ein Verstoß gegen das Grundgesetz festgestellt werden muss, weil das Vorliegen eines völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes nicht festgestellt werden kann, ist eine Rechtsfrage, die – schon angesichts gravierender politischer Relevanz – eher im Gesetz geklärt werden sollte, als durch die Rechtsprechung des Zweiten Senates. Als **Formulierungsvorschlag**

⁶⁰ *Diehm*, in: Burkiczak/ders./Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 15 Rn. 27 m.w.Nachw.

bietet sich an: „Bei Stimmengleichheit kann ein Verstoß gegen Völkerrecht nicht festgestellt werden.“

Univ.-Prof. Dr. Karsten Schneider

Stellungnahme

zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

- Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland - (BT-Drs. 19/14025)

I. Gesetzesvorhaben

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland) soll ein Verfahren zur Kontrolle von Beschlüssen des Deutschen Bundestages durch das Bundesverfassungsgericht eingeführt werden, die dem Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes zustimmen (§ 13 Nr. 14a BVerfGG-E). Antragsberechtigt sollen ein Viertel der Mitglieder und jede Fraktion des Deutschen Bundestages sein (§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E). Prüfungsmaßstab ist das Grundgesetz (§§ 13 Nr. 14a, 96e Abs. 1, 96h BVerfGG-E). Verstößt der Einsatzbeschluss gegen dessen Bestimmungen, sieht der Gesetzentwurf einen Feststellungstenor vor (§ 96h BVerfGG-E).

Zur Begründung des Entwurfes heißt es einleitend, der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland sei grundsätzlich nur im Rahmen eines Systems der kollektiven Sicherheit

(Art. 87a i.V.m. Art. 24 GG) zulässig (BT-Drs. 19/14025 S. 4). Von diesem Ausgangspunkt aus will der Gesetzentwurf die Frage, ob ein Auslandseinsatz im Rahmen eines Systems der kollektiven Sicherheit stattfindet und ob der Einsatz mit Art. 25 GG vereinbar ist, einer Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht zugänglich machen (BT-DRs. 19/14025 S. 4).

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Auslandseinsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte

Außer zur Verteidigung dürfen die deutschen Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt. So legt es **Art. 87a Abs. 2 GG** fest. Ob die Vorschrift nur den Einsatz der Streitkräfte innerhalb des Bundesgebietes¹ regelt oder generell ihren Einsatz² ist strittig. Wortlaut und Sinn und Zweck³ der Vorschrift sprechen eher für ein umfassendes Verständnis ihres Anwendungsbereiches. Zu diesem Ergebnis tendiert auch die Rechtsprechung⁴, soweit sie die Frage nicht offengelassen hat.⁵

Der **Verteidigungsbegriff** des § 87a Abs. 2 GG wird in der verfassungsrechtlichen Literatur als ein offener Begriff verstanden, dessen Entwicklungsfähigkeit letztlich erst an dem durch Art. 26 GG statuierten Verbot des Angriffskrieges eine Grenze erfährt.⁶ Ein engeres Verständnis des Verteidigungsbegriffs, wonach eine Verteidigung im Sinne der Vorschrift nur im Verteidigungsfall (Art. 115a Abs. 1 GG) vorliegt, lässt sich insbesondere nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ableiten. In der Lissabon-Entscheidung⁷ wird zwar ausgeführt, der Auslandseinsatz der Streitkräfte sei außer im Verteidigungsfall nur in Systemen kollektiver Sicherheit erlaubt. Die herrschende verfassungsrechtliche Literatur ist sich aber

¹ Kokott, in Sachs, GG, 8. Auflage 2018, Art. 87a Rn. 11 ff.

² Epping, in Epping/Hillgruber, GG, Stand 15.02.2019, Art. 87a Rn. 19

³ BT-Drs. 5/2873 S. 12

⁴ BVerwG, Urteil vom 26. September 2006 - 2 WD 2.06 - BVerwGE 127, 1 <11>

⁵ BVerfG, Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93 - BVerfGE 90, 286 <355>

⁶ Epping, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand 15.02.2019, Art. 87a Rn. 4; Depenheuer, in Maunz/Dürig, GG, August 2019, Art. 87a, Rn. 58

⁷ BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 - BVerfGE 123, 267 <360>

einig, dass mit dieser Formulierung die Zulässigkeit unilateraler Auslandseinsätze der deutschen Streitkräfte im Ausland nicht ausgeschlossen werden sollte.⁸ Die seitdem ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt diese Meinung.⁹

Art. 87a Abs. 2 GG steht schließlich dem Einsatz der Streitkräfte im Ausland im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht entgegen. Verfassungsrechtliche Grundlage für solche Einsätze ist **Art. 24 Abs. 2 GG**, der von Art. 87a Abs. 2 GG nicht verdrängt wird.¹⁰ Ob ein Einsatz der Streitkräfte sich im Rahmen eines solchen Systems bewegt und damit verfassungsrechtlich zulässig ist, hängt davon ab, ob sich die jeweilige Einsatzentscheidung als politisches Handeln auf der Grundlage des völkerrechtlichen Vertrages über die Begründung des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit darstellt. Dies führt zur Ermittlung des Inhalts dieses Vertrages durch Auslegung. Dabei ist zunächst vom jeweiligen Vertragstext auszugehen.¹¹ Außerdem sind jede spätere Übereinkunft über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen¹² und jede spätere Übung bei seiner Anwendung zu berücksichtigen, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht.¹³

Auch ein Vertrag, der sich durch nachträgliche Erklärungen und die gemeinsame Übung der Vertragsstaaten bei seinem Vollzug gewandelt hat, kann in dieser veränderten Form Grundlage eines Einsatzes der Streitkräfte sein. Denn auch die genannten Änderungen entfalten innerstaatliche Bindung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Bundesregierung berufen, jeden völkerrechtlichen Vertrag durch politisches Handeln auf der Grundlage des Vertrages mit innerstaatlich bindender Wirkung zu konkretisieren und fortzuentwickeln.¹⁴ Das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG stellt auch für diese Fortentwicklungen von völkerrechtlichen Verträgen die Brücke zu ihrer innerstaatlichen Wirksamkeit dar. Seien Brückenfunktion verliert das Zustimmungsgesetz erst dann, wenn

⁸ Epping, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand 15.02.2019, Art. 87a Rn. 7; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Auflage 2018, Art. 87a Rn. 32

⁹ BVerfG, Urteil vom 23. September 2015 - 2 BvE 6/11 - BVerfGE 140, 160 <188>

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93 - BVerfGE 90, 286 <355>

¹¹ vgl. Art. 9, 10, 31 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge - WVRÜ

¹² Art. 31 Abs. 3 Buchstabe a) WVRÜ

¹³ Art. 31 Abs. 3 Buchstabe b) WVRÜ

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 36, 42

eine Fortentwicklung des völkerrechtlichen Vertrags gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerks verstößt und damit den Boden des dort festgelegten politischen Programms verlässt.¹⁵

Allgemeine Regeln des Völkerrechtes sind gemäß **Art. 25 Satz 1 GG** Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen (einfachen) Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. Sie haben allerdings weder Überverfassungs- noch Verfassungsrang. In der Normenhierarchie ordnen sie sich vielmehr unterhalb des Verfassungsrechts und oberhalb des einfachen Bundesrechts ein.¹⁶ Der Umstand, dass ihre innerstaatliche Verbindlichkeit durch das Grundgesetz angeordnet wird, führt nicht dazu, dass jeder Verstoß gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zugleich ein Verstoß gegen Verfassungsrecht ist.

Schließlich kommen alle **anderen Vorschriften des Grundgesetzes** als Prüfungsmaßstab für Entscheidungen über den Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland in Betracht, soweit sie durch den Einsatz an sich - und nicht seine konkrete Ausgestaltung - verletzt werden können.

III. Verfassungsgerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen für den Einsatz der Streitkräfte

Nach der derzeitigen Gesetzeslage kann das Fehlen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Einsatz der Streitkräfte im Ausland nur eingeschränkt überprüft werden. Eine inzidente Überprüfung kommt derzeit einerseits im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten in Betracht, in denen **Soldaten** ihre Verpflichtung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen in Frage stellen¹⁷ und andererseits im Rahmen von **Organstreitigkeiten** zwischen dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung.¹⁸

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 37 f.; BVerfG, Urteile vom 22. November 2001 - 2 BvE 6.99 - BVerfGE 104, 151 <210> und vom 7. Mai 2008 - 2 BvE 1.03 - BVerfGE 121, 135 <158>

¹⁶ Heintschel von Heinegg, Epping/Hillgruber, GG, Stand 01.03.2015, Art. 25 Rn. 27

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2005 - 2 WD 12.04 - BVerwGE, 127, 302

¹⁸ vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris

In den genannten **Organstreitigkeiten** kann allerdings nur die Verletzung eigener Rechte des Deutschen Bundestags gerügt werden.¹⁹ Der Organstreit dient der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen der Verfassungsorgane; nicht hingegen der Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit bestimmten Organhandelns.²⁰ Zu den im Organstreit durch den Deutschen Bundestag mithin rügefähigen Rechten zählen der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt, wonach jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf²¹ und das Recht des Deutschen Bundestages gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG über die durch völkerrechtliche Verträge begründeten Rechte und Pflichten der Bundesrepublik Deutschland mitzuentcheiden, sofern die politischen Beziehungen des Bundes oder Gegenstände der Bundesgesetzgebung betroffen sind.²²

Keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle sind dagegen bisher die Fragen zugänglich, ob ein von der Bundesregierung angeordneter Einsatz bewaffneter Streitkräfte, dem der Deutsche Bundestag zugestimmt hat, sich im Rahmen eines Systems kollektiver Sicherheit bewegt oder ob er der Verteidigung dient.

Dass diese Fragen nicht im Rahmen eines Organstreits zwischen dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung geklärt werden können, erläutert der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - überzeugend.²³ Ein Streit über die Wahrung der Organkompetenzen des Deutschen Bundestages unterscheidet sich grundlegend von einem Streit über die Frage, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen gewahrt sind, die das Grundgesetz für einen Einsatz der Streitkräfte im Ausland aufstellt. Im ersten Fall stehen sich der Deutsche Bundestag – gegebenenfalls prozessstandschaftlich „vertreten“ durch eine Fraktion – und die Bundesregierung gegenüber. Im zweiten Fall stehen die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag, der dem Einsatz mehrheitlich zugestimmt hat, auf der einen Seite und eine Minderheit im Deutschen Bundestag auf der anderen Seite. Es ist damit letztlich ein Streit zwischen einer Mehrheit von Abgeordneten des Deutschen Bundestages und einer Minderheit von Abgeordneten des Deutschen Bundestages über das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen, die die Verfassung für den Einsatz der Streitkräfte im

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 28

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 28

²¹ BVerfG, Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93 - BVerfGE 90, 286 <381 ff.>

²² BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 32

²³ juris Rn. 28

Ausland aufstellt. Die Mehrheit der Abgeordnete bringt mit ihrer Zustimmung zu dem Einsatz zum Ausdruck, dass sie die Voraussetzungen für erfüllt hält. Die Minderheit bestreitet dies. Eine spezielle Verfahrensart, in dem dieser Streit ausgetragen werden kann, findet sich im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht nicht.

IV. Wege zur Eröffnung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz der Streitkräfte im Ausland

Ein Gesetzesvorhaben zur Erweiterung der verfassungsgerichtlichen Kontrollmöglichkeiten bei Beschlüssen nach § 1 Abs. 2 ParlBG darf nicht nur Verfassungsprozessrecht (1.) in den Blick nehmen. Es muss außerdem die materielle Rechtslage betrachten (2.). Insbesondere genügt es nicht, lediglich eine neue Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu regeln. Denn eine solche Zuständigkeit liefe leer, wenn den Antragsberechtigten nicht außerdem ein in dem neuen Verfahren durchsetzbares materielles Recht verliehen würde.²⁴

1. Zur Umsetzung des Gesetzesvorhabens muss das **Verfassungsprozessrecht** des Bundes angepasst werden. Dabei müssen sowohl die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts als auch seine prozessualen Entscheidungsmöglichkeiten geklärt werden.

Die **Zuständigkeit** des Bundesverfassungsgerichts kann dadurch begründet werden, dass der Streit um die Vereinbarkeit eines Zustimmungsbeschlusses nach § 1 Abs. 2 ParlBG einer der bestehenden Verfahrensarten zugeordnet wird. In Betracht kommt auch die Schaffung einer ganz neuen Verfahrensart. Den letztgenannten Weg geht der Gesetzentwurf.

Außerdem muss ein **prozessualer Anspruch** auf Aufhebung eines Zustimmungsbeschlusses nach § 1 Abs. 2 ParlBG oder auf Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit geschaffen und das Bundesverfassungsgericht ermächtigt werden, dem Anspruch entsprechende Entscheidungen zu erlassen. § 96h BVerfGG-E sieht einen entsprechenden prozessualen Feststellungsanspruch vor.

²⁴ vgl. zur entsprechenden Situation im Verwaltungsprozess: Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Juli 2019, § 113 VwGO Rn. 7

2. Sicherergestellt sein muss zudem, dass den Antragsberechtigten auch das **materielle Recht** zusteht, Verstöße gegen die Verfassung bei Zustimmungsbeschlüssen nach § 1 Abs. 2 ParlBG geltend zu machen. Das ihnen eingeräumte materielle Recht muss dem ihnen in § 96h BVerfGG-E eingeräumten prozessualen Anspruch korrespondieren.

Da der neue Rechtsbehelf nicht auf bloße folgenlose Feststellung zielt, sondern auf unmittelbare Beendigung des Einsatzes²⁵, muss das materielle Recht einen Anspruch auf Aufhebung von Beschlüssen nach § 1 Abs. 2 ParlBG vorsehen, wenn diese gegen Bestimmungen des Grundgesetzes verstoßen. Insoweit kommt eine Versubjektivierung²⁶ der materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Einsatz der Streitkräfte im Ausland in Betracht. Denkbar ist aber auch einen materiellen Aufhebungsanspruch ohne subjektive Rechtsverletzung - also eine Art verfassungsrechtliche Verbandsklage²⁷ - zu normieren. Welchen Weg der Gesetzentwurf insoweit gehen möchte, bleibt offen. Die Begründung enthält mit der Formulierung, es gehe um Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung, allerdings einen Hinweis darauf, dass geltendes Verfassungsrecht nicht zugunsten einer Minderheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages versubjektiviert werden soll, sondern, dass diesen Abgeordneten vielmehr ein Anspruch auf Einhaltung der Verfassung vermittelt werden soll.²⁸

3. Geklärt werden muss schließlich, in **welcher Form** (einfaches Gesetz / Verfassungsänderung) die erforderlichen Änderungen der Rechtslage erfolgen müssen.

a) Die **verfassungsprozessualen Änderungen** können zweifellos, wie von dem Entwurf vorgeschlagen, durch Änderungen des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht erreicht werden, weil der Entwurf die (wenigen) verfassungsprozessualen Vorgaben des Grundgesetzes (v.a. Art. 93 GG) nicht berührt.

b) Komplizierter verhält es sich mit den erforderlichen **materiell-rechtlichen Änderungen**. Sie betreffen materielles Verfassungsrecht und streben entweder dessen Änderung durch teilweise Versubjektivierung der in dem neuen Verfahren zur Prüfung gestellten Vorschriften oder aber jedenfalls deren Ergänzung um einen Aufhebungsanspruch ohne subjektive Rechtsverletzung an.

²⁵ BT-DRs. 19/14025 S. 5

²⁶ vgl. zum Verwaltungsprozess: Riese in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Juli 2019, § 113 Rn. 30

²⁷ vgl. zum Verwaltungsprozess: Riese in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Juli 2019, § 113 Rn. 33

²⁸ BT-Drs. 19/14025 S. 4

Es spricht daher viel dafür, dass beide Alternativen nur im Wege einer **Verfassungsänderung** realisiert werden können. Wohl deswegen verweist das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Frage, wie die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Einsatz der Streitkräfte im Ausland, einer direkten (verfassungs-) gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können, auf den Verfassungsgesetzgeber und nicht auf den einfachen Gesetzgeber.²⁹

V. Die einzelnen Vorschriften des Gesetzentwurfes

Die Ergänzung des § 13 BVerfGG um **§ 13 Nr. 14a BVerfGG-E** ist sachgerecht. Sie entspricht der Systematik des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Ein Grund die neue Verfahrensart weiter vorne in die Aufzählung des § 13 BVerfGG aufzunehmen, ist nicht ersichtlich.

Die Beschreibung des **Verfahrensgegenstandes** in **§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E** führt auch zur Prüfung ob Einsätze der Streitkräfte im Ausland der Verteidigung gem. Art. 87a Abs. 2 GG dienen oder sich im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gem. Art. 24 Abs. 2 GG bewegen. Sie ist damit geeignet, die Reichweite des Verteidigungsbegriffs in Art. 87a Abs. 2 GG zukünftig stärker zu konturieren und die Einsatzspielräume der Bundesregierung in den Systemen kollektiver Sicherheit zu klären, in die die Bundesrepublik Deutschland sich eingeordnet hat.

Die Definition der **Antragsberechtigten** in **§ 96e Abs. 1 BVerfGG-E** lehnt sich mit der Bezugnahme auf ein Viertel der Mitglieder des Bundestages an die Voraussetzung für die abstrakte Normenkontrolle (§ 76 Abs. 1 BVerfGG) an. Das ist sachgerecht, weil es auch in dem neuen Verfahren um die Kontrolle eines Beschlusses des Deutschen Bundestages geht. Daneben scheint ein Antragsrecht der Fraktionen überflüssig.

Die Vorschrift des **§ 96e Abs. 2 BVerfGG-E** kann entfallen, wenn sie nur eine Begründungslast des Antragstellers regeln soll. Soll die Vorschrift dagegen eine Begrenzung des Prüfungsumfanges des Bundesverfassungsgerichts auf die mit dem Antrag als verletzt benannten Vorschriften regeln, muss dies klarer herausgestellt werden.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019 - 2 BvE 2.16 - juris Rn. 44

Die dreimonatige **Antragsfrist in § 96f BVerfGG-E** scheint zu lang bemessen. Im Interesse der schnellen Klärung, ob ein Einsatz der Streitkräfte im Ausland hinsichtlich seiner materiell-verfassungsrechtlichen Grundlage in Frage gestellt wird, sollte die Frist nicht länger als einen Monat betragen.

Die in § **96g BVerfGG-E** geregelte **Stellungnahmefrist** sollte entfallen. Der Spielraum des Bundesverfassungsgerichts bei der Bemessung von Äußerungsfristen sollte nicht ohne Not eingeschränkt werden. Zudem würde die Vorschrift aufgrund ihrer weichen Formulierung in der Praxis ohnehin kaum Wirkung entfallen.

§ 96h BVerfGG-E enthält den erforderlichen prozessualen Anspruch. Die Bezugnahme im Text auf eine „Überzeugung“ des Bundesverfassungsgerichts scheint nicht geboten. Es versteht sich von selbst, dass der prozessuale Anspruch nur zugesprochen werden kann, wenn das Gericht von seinem Bestehen „überzeugt“ ist. Stattdessen könnte die Vorschrift lauten:

„Verstößt der angegriffene Beschluss des Deutschen Bundestages gegen das Grundgesetz, stellt das Bundesverfassungsgericht dies fest.“

VI. Zusammenfassung

1. Der Einsatz der Streitkräfte im Ausland ist zur Verteidigung gem. Art. 87a Abs. 2 GG und im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gem. Art. 24 Abs. 2 GG zulässig.
2. Ob ein Einsatz der Streitkräfte im Ausland, dem der Deutsche Bundestag gem. § 1 Abs. 2 ParlBG zugestimmt hat, verfassungsrechtlich zulässig ist, insbesondere, ob er der Verteidigung gem. Art. 87a Abs. 2 GG dient oder sich im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gem. Art. 24 Abs. 2 GG bewegt, kann derzeit nicht direkt an das Bundesverfassungsgericht herangetragen werden.
3. Das vorgeschlagene Verfahren ermöglicht die Überprüfung von Einsätzen der Streitkräfte im Ausland darauf, ob diese Einsätze der Verteidigung gem. Art. 87a Abs. 2 GG dienen und / oder sich im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gem. Art. 24 Abs. 2 GG bewegen.
4. Um die neue Verfahrensart zu schaffen muss sowohl ein prozessualer Feststellungs- oder Aufhebungsanspruch als auch ein korrespondierender materieller Anspruch geschaffen werden. Insoweit bedarf es voraussichtlich einer Änderung der Verfassung, weil die Einführung des materiellen Anspruchs bestehendes Verfassungsrecht berührt bzw. modifiziert.
5. Die übrigen Vorschriften des Gesetzentwurfs sind weitgehend sachgerecht.

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 ungeregelt 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 lebensnahem 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. Arnould, 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 *ungewollt*. 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 Bundestages*²⁸. 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 eine 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 Bundeswehreinmärsche 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 Legitimität 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 Prüfungsumfanges den dort behandelten Fall nicht erfassen kann.

³⁵ Vgl. BVerfGE 143, 101, 141ff.

³⁶ BVerfGE 142, 25.

Völlig unregelt 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).