

Prof. em. Dr. Norman Paech, Neubertstr. 24 22087 Hamburg
npaech@t-online.de

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