

Fischer-Lescano, Andreas; Kommer, Steffen; Frisina, Lorraine

Working Paper

Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung. Rechtsfragen der deutschen Mitgliedschaft in der Nato

TranState Working Papers, No. 91

Provided in Cooperation with:

University of Bremen, Collaborative Research Center 597: Transformations of the State

Suggested Citation: Fischer-Lescano, Andreas; Kommer, Steffen; Frisina, Lorraine (2009) : Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung. Rechtsfragen der deutschen Mitgliedschaft in der Nato, TranState Working Papers, No. 91, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597 - Transformations of the State, Bremen

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/27913>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



TranState Working Papers

INTERNATIONALISIERUNG DER
SICHERHEITSGEWÄHRLEISTUNG.
RECHTSFRAGEN DER DEUTSCHEN
MITGLIEDSCHAFT IN DER NATO

ANDREAS FISCHER-LESCANO
STEFFEN KOMMER

No. 91

Universität Bremen • University of Bremen
Jacobs Universität Bremen • Jacobs University Bremen
Universität Oldenburg • University of Oldenburg

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

*Andreas Fischer-Lescano
Steffen Kommer*

***Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung
Rechtsfragen der deutschen Mitgliedschaft in der Nato***

TranState Working Papers

No. 91

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“

Bremen, 2009

[ISSN 1861-1176]

Andreas Fischer-Lescano, Steffen Kommer

Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung. Rechtsfragen der Deutschen

Mitgliedschaft in der Nato

(TranState Working Papers, 91)

Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2009

ISSN 1861-1176

Universität Bremen

Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597

Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State

Postfach 33 04 40

D - 28334 Bremen

Tel.:+ 49 421 218-8720

Fax:+ 49 421 218-8721

Homepage: <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>

Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung. Rechtsfragen der Deutschen Mitgliedschaft in der Nato

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich vor dem Hintergrund einer internationalisierten Sicherheitsgewährleistung mit den nationalen und völkerrechtlichen Rechtsentwicklungen im Zusammenhang mit der Deutschen NATO-Mitgliedschaft. Dabei werden zunächst die verfassungsrechtlichen Änderungen nachvollzogen, die den Beitritt der Bundesrepublik zum Nordatlantikpakt vorbereiteten. Ausgehend von der „Blauhelmentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts (1994) wird anschließend die gesetzgeberische Entsprechung in Form des Parlamentsbeteiligungsgesetzes dargestellt. Trotz der grundsätzlich erforderlichen Zustimmung des Bundestages zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr zeigt sich, dass die Exekutive sowohl bei der operativen Durchführung von NATO-Einsätzen als auch bei der Formulierung der strategischen Ausrichtung des Verteidigungsbündnisses in weiten Bereichen unkontrolliert bleibt. Die anzuführenden Gerichtsverfahren auf nationaler Ebene mit Bezug zur NATO-Mitgliedschaft Deutschlands konnten die unzulängliche Rechtskontrolle durch internationale Gerichte nicht ausgleichen. Während der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seine Zuständigkeit restriktiv auslegt, wird die Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs (IGH) und des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) einmal durch die eingeschränkte Unterwerfungserklärung Deutschlands (IGH), ein andermal durch die fehlende Definition des Aggressionstatbestandes durch die Vertragsparteien des Rom-Statuts (ICC), verhindert. Spannungen mit dem internationalen Recht lassen sich insbesondere hinsichtlich der Immunitätsregelungen in dem NATO-Truppenstatut, welche mit der im III. Genfer Abkommen vorgesehenen Bestrafungspflicht für Kriegsverbrechen kollidieren könnte, aufzeigen.

INHALT

EINFÜHRUNG	1
1. VERFASSUNGSÄNDERNDER GESETZGEBER.....	3
a) Verträge von Paris und die deutsche Wehrverfassung (1955/1956)	3
b) Notstandsverfassung (1968)	5
c) „Blauhelmentscheidung“ des BVerfG (1994)	6
2. MAßNAHMEN DES GESETZGEBERS	8
a) Parlamentsbeteiligungsgesetz.....	9
Rückholrecht.....	10
Unmittelbare Gefahr	10
Privilegierte Operationen.....	11
b) Ratifikation des NATO-Truppenstatuts	11
3. MAßNAHMEN DER EXEKUTIVE	12
a) Art. 4 des NATO-Vertrages & Non-Art. 5 Missions	12
Art. 4 des NATO-Vertrages.....	13
Non-Art. 5 Missions	13
b) Art. 5 des NATO-Vertrages	14
Zustandekommen der Rules of Engagement	14
Befehlsstruktur.....	15
c) Kontrolle exekutiver Maßnahmen.....	15
4. GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN	17
a) Bundesverfassungsgericht	17
Kosovo-Entscheidung: Verletzung von Parlamentsrechten?	18
Das Strategische Konzept der NATO: „Vertrag auf Rädern“	19
Afghanistan: „Im Rahmen“ eines Systems kollektiver Sicherheit?	20
Türkei-Entscheidung: „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“	23
b) Zivilrechtliche Entscheidungen.....	25
c) Strafrechtliche Entscheidungen.....	25
d) Verwaltungsrechtliche Entscheidungen	26
Verfahren gegen die militärische Infrastruktur.....	26
Das Bundesverwaltungsgericht zum Irak-Einsatz	28
5. RECHTSKONTROLLE DURCH INTERNATIONALE GERICHTE	30
a) IGH.....	31
b) EGMR	32
c) IStGH	33
6. NATO-MITGLIEDSCHAFT UND ANDERE INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN	33
a) Immunitätsregelungen in den Truppenstatuten und Genfer Konvention	33
b) Sonstige internationale Verpflichtungen.....	35
7. FAZIT: RECHTSKONTROLLE INTERNATIONALER SICHERHEITSGEWÄHRLEISTUNG	37
ANNEX: PARLAMENTSBETEILIGUNGSGESETZ	41
BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG.....	44

Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung. Rechtsfragen der Deutschen Mitgliedschaft in der Nato

EINFÜHRUNG

Im April des Jahres 2009 hat die NATO ihr 60-jähriges Bestehen gefeiert. Das Selbstverteidigungsbündnis ist sichtbarer Ausdruck dafür, dass die Transformation vormals rein nationalstaatlicher Funktionen auch vor dem Feld der Sicherheitsgewährleistung keinen Halt gemacht hat: Um die staatliche Aufgabe „Sicherheit“ zu erbringen, nutzen die Gewaltmonopolisten zunehmend die politischen und rechtlichen Infrastrukturen Internationaler Organisationen. Der NATO, UN und EU ist hierbei gemeinsam, dass sie nach dem Willen ihrer Gründungsmitglieder auf die Sicherung und Wahrung des Weltfriedens verpflichtet worden sind. Nicht nur für die nach dem Zweiten Weltkrieg gegründeten Vereinten Nationen gehört die Abwendung von militärischen Gefährdungen zur ureigensten Aufgabe. Ausweislich der Präambel der UN-Charta sollen „künftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges“ bewahrt werden. Auch zur Gründungsgeschichte der EU gehört der unbedingte Wille der Mitgliedstaaten, „den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern“, so wie es in Art. 3 Abs. 1 des EU-Vertrages von Lissabon verankert ist. Nicht anders stellen sich die Absichtsbekundungen im Rahmen der NATO dar, deren Friedenspflicht in der Präambel und in Art. 1 des NATO-Vertrages an prominenter Stelle Ausdruck gefunden hat.

Diese drei nach ihrem Selbstverständnis dem Weltfrieden maßgeblich verpflichteten Organisationen bieten mittlerweile aber gerade die legitimatorische Grundlage für eine ganze Reihe bewaffneter Militäreinsätze. In der UN ist es in der Nachfolge der im Zusammenhang mit dem Irak-Kuweit-Konflikt erlassenen Resolution 678 (Sicherheitsrat, 29.11.1990) üblich geworden, dass bewaffnete Einsätze nach Kapitel VII der UN-Charta mandatiert werden. Die Resolutionen des Sicherheitsrates ermächtigen dazu, die in ihnen enthaltenen Ziele unter Einsatz „aller erforderlichen Mittel“ – also notfalls auch unter Einsatz von Waffengewalt – durchzusetzen. Wichtiger Mandatsempfänger ist die NATO, die sich seit den 90er Jahren in ihrer Infrastruktur beständig fortentwickelt hat. Die NATO hat Krisenreaktionskräfte eingerichtet und führt eine ganze Reihe von Interventionen, nicht nur als Mandatsträger der UN durch. So wird etwa die International Security Assistance Force (ISAF) von den UN getragen, während die Intervention Operation Enduring Freedom (OEF) in Afghanistan eigenmächtig allein auf den Rechtfertigungsgrund der Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta) gestützt wird.

Der vorliegende Beitrag untersucht vor dem Hintergrund einer internationalisierten Sicherheitsgewährleistung die rechtlichen Rahmenbedingungen deutscher Maßnahmen im Kontext der NATO. Im Bereich dieses Militärbündnisses zeigen sich die Auswir-

kungen von Globalisierung und Liberalisierung auf den klassischen Nationalstaat im Bereich der Sicherheit am deutlichsten. Der NATO kommt in der global vernetzten Sicherheitsarchitektur eine Knotenfunktion als zentrale Militär- und Sicherheitsorganisation zu. Weltweit hat keine andere Organisation eine solche Zunahme an Militäroperationen zu verzeichnen. Als Konsequenz der zunehmenden Einsatzzahl fordern bestimmte Stimmen bereits eine „globale NATO“¹, welche sich als weltweiter Sicherheitsdienstleister verstehen und als Vorsorgeeinrichtung² einen erweiterten Sicherheitsbegriff³ implementieren soll. Die fortschreitende Weiterentwicklung der NATO bleibt für die deutsche Rechtsordnung nicht ohne Auswirkungen. Der „Kampf ums Sicherheitsrecht“ wird gerade in der Wechselwirkung völker-, europa- und nationalrechtlicher Vorschriften virulent. So zeigt sich an der bundesdeutschen Rechtsordnung der enge Zusammenhang zwischen Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung und dem Wandel nationaler Rechtsgrundlagen besonders deutlich.

Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes 1949 war die Bundesrepublik Deutschland ein Land ohne Streitkräfte. Nach dem „Alliierten Polizeibrief“ war ihr auch der Aufbau paramilitärischer Strukturen untersagt.⁴ Selbst die Polizei sollte nach der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung nur Ländersache sein, einzig der Aufbau eines Bundesgrenzschutzes war auf Bundesebene gestattet. Von der Bundesrepublik sollten nie wieder bewaffnete Aggressionen ausgehen, jegliche deutsche Beteiligung an bewaffneten Maßnahmen war unerwünscht. Neben dem Verbot der Errichtung von militärischen und paramilitärischen Kräften kommt dieses Ziel im Grundgesetz durch klare friedenspolitische Aussagen zum Ausdruck: Art. 25 GG bekennt sich zum Völkerrecht,

¹ Daalder/Goldgeiger, Global NATO, Foreign Affairs 2006, S. 105 ff.

² „Sicherheitsvorsorge kann daher am wirksamsten durch Frühwarnung und präventives Handeln gewährleistet werden und muss dabei das gesamte sicherheitspolitische Instrumentarium einbeziehen“ (Bundesministerium der Verteidigung, Weißbuch zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, 2006, Ziff. 1.3, S. 25), abrufbar unter: < www.weissbuch.de >.

³ „Jedes Ereignis oder jeder Prozess, der zu einer großen Zahl von Todesfällen führt oder die Lebenschancen verringert und so die Staaten als Basiseinheiten des internationalen Systems unterminiert, ist eine Bedrohung der Weltsicherheit. So definiert, gibt es sechs Cluster von Bedrohungen, mit denen die Welt sich wird beschäftigen müssen: (1) Wirtschaftliche und soziale Bedrohungen, inklusive Armut, Infektionen und Umweltzerstörung, (2) Zwischenstaatliche Konflikte, (3) Innerstaatliche Konflikte, Bürgerkriege, (4) Nukleare, radiologische, chemische und biologische Waffen, (5) Terrorismus, (6) Transnationales organisiertes Verbrechen“ (UN, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A more secure world: Our shared responsibility, S. 23); abrufbar unter: <<http://www.un.org/secureworld/report3.pdf>>.

⁴ Zum Polizeibrief vom 14.04.1949 Martin Willich, BGS: historische und aktuelle Probleme der Rechtsstellung des Bundesgrenzschutzes, seiner Aufgaben und Befugnisse, Schwarzenbeck 1980, S. 6 ff.

Art. 26 GG verpflichtet den Gesetzgeber, Beteiligungen an Angriffskriegen unter Strafe zu stellen und Art. 24 Abs. 2 GG sieht die Möglichkeit der Einordnung in ein System kollektiver Sicherheit vor. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund zeigen sich aus sicherheitspolitischer Perspektive die Wandlungstendenzen des klassischen Nationalstaats im Rahmen internationaler Sicherheitsarchitekturen besonders deutlich. Die Entwicklung Deutschlands zeigt aber nicht nur, dass sich die Gewährleistungsformen der Sicherheit modifizieren, sondern auch, dass sich gerade daraus neue Spannungen für die Erbringung normativer Güter – hier insbesondere zwischen rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Gewährleistungen und Fragen der Sicherheitserbringung - ergeben.

Zunächst sollen ausgehend von den Grundentscheidungen des Parlamentarischen Rates im Jahr 1949 die drei wichtigsten Schritte benannt werden, die ermöglichten, dass die Bundesrepublik von einem entmilitarisierten Feindstaat (Art. 53 Abs. 2 UN-Charta) zu einem maßgeblichen Akteur in den internationalen Militäroperationen werden konnte. Nach den Verfassungsänderungen (1.), werden so dann die weiteren Maßnahmen des Gesetzgebers (2.) und der Exekutive (3.) aufgezeigt. Darauf erfolgt eine Auseinandersetzung mit den relevanten deutschen Gerichtsentscheidungen (4.), der Bedeutung internationaler Gerichte (5.) und dem Spannungsverhältnis zu anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen (6.) im Zusammenhang mit der NATO-Mitgliedschaft der Bundesrepublik.

1. VERFASSUNGSÄNDERNDER GESETZGEBER

Bedingung für den deutschen Beitritt zum Nordatlantikvertrag vom 4. April 1949 und für die deutsche Beteiligung an militärischen Maßnahmen im Zusammenhang mit dem NATO-Bündnis war zunächst eine Modifikation der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, die dem Aufbau einer westdeutschen Armee entgegenstand. Das geschah in drei Schritten, die man als Wiederbewaffnung (a), Festlegung der Einsatzfelder (b) und schließlich als Ermöglichung von Auslandsentsendungen (c) beschreiben kann:

a) Verträge von Paris und die deutsche Wehrverfassung (1955/1956)

Den ersten Schritt stellte die Regulierung der Wiederbewaffnung dar. Der ursprüngliche Plan, die deutsche Remilitarisierung über eine Europäische Verteidigungsgemeinschaft zu organisieren, scheiterte endgültig mit dem „Nein“ der französischen Nationalversammlung am 30. August 1954 zum Deutschlandvertrag vom 26. Mai 1952. Um dennoch einen deutschen Verteidigungsbeitrag für den Westen zu ermöglichen, wurde auf der Londoner Neun-Mächte-Konferenz Ende September 1954 ein Kompromiss erarbeitet, der neben dem deutschen Beitritt zur NATO und zur Westeuropäischen Union

(WEU), sowie einem Verzicht auf atomare, biologische und chemische Waffen für die Bundesrepublik die Wiedererlangung der Souveränität vorsah. Diese Regelungen wurden in den „Pariser Verträgen“ festgeschrieben, die darüber hinaus noch das Saarstatut zwischen Deutschland und Frankreich beinhalteten.⁵ Am 23. Oktober 1954 wurde das Vertragspaket in Paris unterzeichnet, was in der Bundesrepublik zu starken Protesten führte. In der Paulskirchenbewegung organisierte sich in enger Kooperation mit der SPD und der evangelischen Kirche der außerparlamentarische Widerstand gegen die deutsche Wiederbewaffnung und gab der sich entwickelnden neuen deutschen Friedensbewegung zentrale Impulse.⁶ Trotz breiter Proteste wurden die Pariser Verträge am 27. Februar 1955 durch den Bundestag gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG ratifiziert und traten am 5. Mai 1955 in Kraft.⁷

Zur Erfüllung dieser internationalrechtlichen Verpflichtungen und zur Regulierung der Aufstellung der Streitkräfte wurden eine Reihe verfassungsrechtlicher Änderungen notwendig. Am 6. März 1956 nahm der verfassungsändernde Gesetzgeber darum eine Reihe von Grundgesetzänderungen vor:⁸ Die Befehls- und Kommandogewalt wird dem Bundesminister der Verteidigung anvertraut (Art. 65a GG). Über den Verteidigungsfall entscheidet der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates. Die Feststellung erfolgt auf Antrag der Bundesregierung und bedarf einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, mindestens der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages (Art. 115a Abs. 1 GG). Im Verteidigungsfall geht die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte auf den Bundeskanzler über (Art. 115b GG). Auch können nach Art. 17a GG im Verteidigungsfall bestimmte Grundrechte für die Zivilbevölkerung wie die Grundrechte der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) eingeschränkt werden. Außerdem schreibt der Bundestag die Wehrpflicht im Grundgesetz fest (Art 12a GG). Das Recht zur Verweigerung eines „Kriegsdienstes mit der Waffe“ aus Gewissensgründen hatte bereits der Parlamentarische Rat in den Katalog der Grundrechte aufgenommen. Als wichtiges parlamentarisches Kontrollorgan verankert der Bundestag seinen Verteidigungsausschuss in der Verfassung. Ihm billigt er die Rechte eines Untersuchungsausschusses zu (Art. 45a GG). Zum Schutz der

⁵ Zu den Einzelheiten: Michael Creswell, *A question of balance: how France and the United States created Cold War Europe*, Harvard 2006; Alaric Searle, *Wehrmacht generals, West German society, and the debate on rearmament, 1949 – 1959*, Westport 2006.

⁶ Wilfried Von Bredow/Rudolf Brocke, *Krise und Protest, Ursprünge und Elemente der Friedensbewegung in Westeuropa*, Opladen, 1987. Wolfgang Kraushaar, *Protest gegen die Wiederbewaffnung*, in: Kramer/Wette (Hrsg.), *Recht ist, was den Waffen nützt*, Berlin 2004, S. 234-246.

⁷ Gesetze vom 24. März 1955 (BGBl. 1955 II 213, 253, 256 und 295) – BGBl. = Bundesgesetzblatt.

⁸ BGBl. 1956 I S. 111 ff.

Grundrechte der Soldaten und als Hilfsorgan des Bundestags bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle beruft der Bundestag zudem einen Wehrbeauftragten (Art. 45b GG).

b) Notstandsverfassung (1968)

Während die Wehrverfassung von 1956 zwar die Aufstellung der Streitkräfte generell ermöglichte, fehlte es in der deutschen Rechtsordnung weiterhin an einer Zentralnorm für die Regelung der Zulässigkeit konkreter Einsätze der Streitkräfte. Diese Bestimmung wurde erst im zweiten, dem 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968, eingeführt.⁹

Diese Grundgesetzänderung war die bis dahin umstrittenste aller Novellierungen. Sie führte die sog. „Notstandsverfassung“ ein. Die Kritik hieran einte die entstandene Auserparlamentarische Opposition (APO) und führte zum Erstarren der deutschen Friedensbewegung.¹⁰ Vor dem Hintergrund der Notstandsverfassung wurde Art. 87a GG neu gefasst und ergänzt. Die Norm regelt nunmehr die Voraussetzungen für einen zulässigen Einsatz der Streitkräfte. Art. 87a Abs. 1 und 2 GG lauten:

(1) Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf. Ihre zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge ihrer Organisation müssen sich aus dem Haushaltsplan ergeben.

(2) Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zuläßt.

Art. 87a Abs. 2 GG stellt die zentrale Norm für die verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen um die Auslandsentsendung der Bundeswehr dar. Problematisch und umstritten ist dabei insbesondere die Auslegung der Begriffe „eingesetzt“, „ausdrücklich“ und „zuläßt“.¹¹

⁹ BGBl. 1968 I, S. 709 ff.

¹⁰ Michael Schneider, Demokratie in Gefahr? Der Konflikt um die Notstandsgesetze: Sozialdemokratie, Gewerkschaften und intellektueller Protest (1958 - 1968), Bonn 1986; Boris Spornol, Notstand der Demokratie. Der Protest gegen die Notstandsgesetze und die Frage der NS-Vergangenheit, 2008.

¹¹ Zu einem Überblick über den Streitstand: Christian Fischer/Andreas Fischer-Lescano, Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, KritV 85 (2/2002), S. 113 ff.

c) „Blauhelmentscheidung“ des BVerfG (1994)

Ein großer Teil dieser Streitfragen hat sich allerdings mit dem dritten Schritt, der „Blauhelmentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12. Juli 1994, erledigt.¹²

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil drei Verfahren, die sich auf Entsendungen deutscher Streitkräfte nach Somalia, in die Adria und in den Luftraum Bosnien-Herzegowinas bezogen, miteinander verbunden und einer gemeinsamen Entscheidung zugeführt. In allen drei Fällen hat sich die Bundesrepublik Deutschland an Militärmaßnahmen zur Ausführung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates beteiligt. In den jeweils im Wege des Organstreitverfahrens nach Art. 93 Abs.1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) eingelegten Verfahren gab das Verfassungsgericht der klagenden Opposition recht, indem es seine Entscheidung allerdings nicht auf die Haupt-, sondern nur auf die Hilfsargumentation der Antragssteller stützte.

Diese hatten in erster Linie damit argumentiert, dass das Grundgesetz eine Auslandsentsendung deutscher Streitkräfte nicht zulasse.¹³ Im Grundgesetz gebe es im Hinblick auf Auslandseinsätze keine Norm, die dem Verfassungsvorbehalt von Art. 87a Abs. 2 GG genüge. Insbesondere helfe Art. 24 Abs. 2 GG bei der Suche nach einer verfassungskonformen Rechtsgrundlage für solche Einsätze außerhalb des Bundesgebietes nicht weiter. Die Norm sieht vor:

Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.

Die Gegner der militärischen Entsendungen führten weiter aus, dass Art. 24 Abs. 2 GG zudem nicht dem Ausdrücklichkeitserfordernis des Art. 87a Abs. 2 GG genügen und ferner auch gar nicht auf Maßnahmen der NATO bezogen werden könne, da die NATO kein „System kollektiver Sicherheit“ darstelle, sondern ein „System kollektiver Verteidigung“.¹⁴ Beides hat das BVerfG anders gesehen. Es hat die NATO als Verteidigungsbündnis gegen Feinde von außen, welches im Gegensatz zur UN also nicht nur auf Ver-

¹² BVerfGE 90, 286 ff.; partly translated in I.L.R. 106 (1997), S. 319 ff.

¹³ I.d.S. auch Daniel-Erasmus Khan/Markus Zöckler, Germans to the Front? Or Le malade imaginaire, EJIL 3 (1992), S. 163 ff.

¹⁴ Zu dieser maßgeblich durch Michael Bothe als Prozessvertreter entwickelten Sichtweise siehe die Dokumentation zu den Verfahren in Klaus Dau/Gothard Wöhrmann (Hrsg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte: Eine Dokumentation des AWACS-, des Somalia- und des Adria-Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, Heidelberg 1996.

ständig im Rahmen der Mitgliedstaaten ausgerichtet ist, als ein „System kollektiver Sicherheit“ eingestuft. Die Eingliederung in ein solches System beinhalte auch die grundsätzliche Zulassung zur Beteiligung an seinen Maßnahmen, sofern sich diese „im Rahmen des Systems“ bewegen.¹⁵ Das soll, so in einer bis heute umstrittenen Deutung,¹⁶ auch für Maßnahmen im Rahmen der NATO gelten:

„Damit ist die NATO durch ein friedensicherndes Regelwerk und den Aufbau einer Organisation gekennzeichnet, die es zulassen, sie als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG zu bewerten.“¹⁷

Damit war höchstrichterlich entschieden: Die Bundesrepublik Deutschland kann sich an Maßnahmen der NATO und der UN beteiligen, sofern diese Maßnahmen sich im Rahmen der jeweiligen Sicherheitssysteme bewegen, also nicht *ultra vires* stattfinden.

Dennoch obsiegte im 94er Grundsatzjudikat nicht die damalige Bundesregierung, sondern die klagende Opposition. Der Grund dafür lag in der Hilfsargumentation der Antragsteller, die geltend gemacht hatten, dass selbst wenn eine Auslandsentsendung der Bundeswehr verfassungsrechtlich zulässig sei, dies nur nach vorheriger Zustimmung des Bundestages geschehen dürfe:

„Eine solche Auslegung würde dem aus dem Demokratieprinzip erwachsenden Grundanliegen der Wehrverfassung des Grundgesetzes widersprechen, militärische Machtentfaltung parlamentarischer Kontrolle vorzubehalten. [...] Eine solche Interpretation, die militärische Machtentfaltung nach außen einer parlamentarischen Zustimmung unterwirft, entspricht allein der deutschen verfassungsrechtlichen Tradition und der Verfassungslage in den wesentlichen Partnerstaaten.“¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Sichtweise angeschlossen und eine „Parlamentsprärogative“ entwickelt. Hatte das BVerfG in der Entscheidung zur Atomwaffenstationierung von sog. Pershing-Raketen noch eine Zustimmungspflicht des Bundestages für NATO-Maßnahmen anderer Staaten auf dem bundesrepublikanischen Hoheitsgebiet verneint¹⁹, entnahm das Gericht diesmal aus der Gesamtschau der wehrver-

¹⁵ BVerfGE 90, 286 ff. (351ff.).

¹⁶ Dieter Deiseroth, Die NATO – Ein System „kollektiver Verteidigung“ oder „kollektiver Sicherheit“? Kritische Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Friedens-Warte 75 (2000), S. 101 ff.

¹⁷ BVerfGE 90, 286 ff. (351).

¹⁸ Siehe die Dokumentation des Schriftsatzes im Adria-Verfahren bei Michael Bothe, Das Verfahren wegen des Adria-Einsatzes der Bundeswehr vor dem Bundesverfassungsgericht (1992), KritV 1993, S. 53 ff. (66 f.); unter Berufung auf Arndt, Bundeswehreinsatz für die UNO, DÖV 1992, 618 ff., der wiederum auf Ipsen, Bündnisfall und Verteidigungsfall, DÖV 1971, S. 583 ff. verweist.

¹⁹ BVerfG 68, 1 (Urteil vom 18.12.1984). Abw. Meinung des Richters Mahrenholz, 62 ff.

fassungsrechtlichen Normen den Grundsatz des „konstitutiven Parlamentsvorbehalts“ für Bundeswehreinsätze:

„Das Grundgesetz ermächtigt den Bund, Streitkräfte zur Verteidigung aufzustellen und sich Systemen kollektiver Selbstverteidigung und gegenseitiger kollektiver Sicherheit anzuschließen; darin ist auch die Befugnis eingeschlossen, sich mit eigenen Streitkräften an Einsätzen zu beteiligen, die im Rahmen solcher Systeme vorgesehen sind und nach ihren Regeln stattfinden. Davon unabhängig bedarf jedoch der Einsatz bewaffneter Streitkräfte grundsätzlich der vorherigen konstitutiven Zustimmung des Bundestages.“²⁰

Die Entscheidung ist hinsichtlich der Entwicklung des konstitutiven Parlamentsvorbehalts in der Verfassungspraxis und -lehre auf grundsätzliche Zustimmung gestoßen. Die Bundeswehr, so die fast vollständig einhellig vertretene Auffassung, darf, sofern ein „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“²¹ vorliegt, grundsätzlich nur mit vorheriger Zustimmung durch den Bundestag entsendet werden. Die Bundeswehr ist ein „Parlamentsheer“.²²

2. MAßNAHMEN DES GESETZGEBERS

Das 94er Grundsatzjudikat ließ hinsichtlich der Auslandsentsendung deutscher Streitkräfte eine ganze Reihe von Fragen offen. Sie sollten, so schon die Forderung im BVerfG-Urteil, einer legislativen Klärung zugeführt werden. Bei der vorzunehmenden Klärung der Details der Parlamentsbeteiligung, so das Gericht,

„muß die gesetzliche Regelung das Prinzip förmlicher parlamentarischer Beteiligung hinreichend zur Geltung bringen. Andererseits hat sie auch den von

²⁰ BVerfGE 90, 286 ff. (380).

²¹ Zum Streit über diese Zustimmungsschwelle siehe Andreas Fischer-Lescano, Konstitutiver Parlamentsvorbehalt: Wann ist ein AWACS-Einsatz ein "Einsatz bewaffneter Streitkräfte"?, in: NVwZ 2003, S. 1474 ff.

²² Zur positiven Aufnahme dieser Rechtsprechung in der Literatur jeweils m.w.N. Klaus Becher, German Forces in International Military Operations, Orbis 48 (2004), S. 397 ff.; Berthold Meyer, The "Parlamentsheer" – Feasible Concept or Wishful Thinking? The Relationship between Society and Armed Forces in Germany, PRIF-Research Paper 2007; Volker Röben, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, 282 ff.; Wiefelspütz, Das Parlamentsheer, Berlin 2005; Andreas L. Paulus, Die Parlamentszustimmung zu Auslandseinsätzen nach dem Parlamentsbeteiligungsgesetz, in: Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, Baden-Baden 2007, S. 81 ff.; Heike Krieger/Georg Nolte, Military Law in Germany, in: Georg Nolte (eds.), European Military Law Systems, Berlin 2003, p. 337 et seq.

der Verfassung für außenpolitisches Handeln gewollten Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit zu beachten.”²³

a) Parlamentsbeteiligungsgesetz

Es dauerte mehr als zehn Jahre bis der deutsche Gesetzgeber diesem Legislativauftrag durch den Erlass des Parlamentsbeteiligungsgesetzes (ParlBG) nachgekommen ist.²⁴ Das Gesetz wiederholt zunächst einmal nur den in der „Blauhelmscheidung“ zum Ausdruck gebrachten Grundsatz, dass der „Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes“ der Zustimmung des Bundestages bedarf (§ 1 ParlBG), um dann in der Begriffsbestimmung in § 2 ParlBG die Blauhelmscheidung bei der Bestimmung des Einsatzbegriffs in wesentlichen Gesichtspunkten zu paraphrasieren:

- (1) Ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte liegt vor, wenn Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist.
- (2) Vorbereitende Maßnahmen und Planungen sind kein Einsatz im Sinne dieses Gesetzes. Sie bedürfen keiner Zustimmung des Bundestages. Gleiches gilt für humanitäre Hilfsdienste und Hilfsleistungen der Streitkräfte, bei denen Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mitgeführt werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Soldatinnen oder Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen werden.

Sofern ein solcher Einsatz gegeben ist, muss die Bundesregierung (als Kollektivorgan) vor der Truppenentsendung einen Antrag auf parlamentarische Zustimmung stellen, darin sind nach § 3 ParlBG Angaben über den Einsatzauftrag, das Einsatzgebiet, die rechtlichen Grundlagen des Einsatzes, die Höchstzahl der einzusetzenden Soldatinnen und Soldaten, die Fähigkeiten der einzusetzenden Streitkräfte, die geplante Dauer des Einsatzes und die voraussichtlichen Kosten sowie über ihre Finanzierung zu machen. „Vorratsbeschlüsse“ und zeitlich unbefristete Beschlüsse sind untersagt; die Zustimmung muss sich auf konkrete Maßnahmen beziehen. Das Parlament entscheidet letztlich

²³ BVerfGE 90, 286 ff. (388 f.); cf. Andreas Paulus/Mindia Vashakmadze, Parliamentary control over the use of armed forces against terrorism – in defence of the separation of powers, Netherlands Yearbook of International Law 38 (2007), S. 113 ff.

²⁴ Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz), BGBl. 2005 I 775 ff.

über Grundsätze der jeweiligen Einsätze, die Regelung der Details bleibt der Exekutive überlassen, wobei das Parlament aber Bedingungen formulieren kann.

Vor Erlass des Parlamentsbeteiligungsgesetzes waren insbesondere drei Punkte umstritten: (aa) Soll das Parlament auch ein Rückholrecht haben? (bb) Was ist bei Gefahr im Verzuge? (cc) Soll es bestimmte Entsendungen geben, die privilegiert sind und für die ein Entsendebeschluss nicht notwendig ist?

Rückholrecht

Die Frage des Rückrufrechts löst § 8 ParlBG im Sinne eines unkonditionalen Widerrufsrechts: „Der Bundestag kann die Zustimmung zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte widerrufen.“ Der Widerruf soll demnach nicht lediglich dann zulässig sein, wenn sich die Umstände im Sinne einer *clausula rebus sic stantibus* nachdrücklich geändert haben.²⁵ Vielmehr soll das Recht zum Widerruf eben als *actus contrarius* der zuvor gegebenen Zustimmung jederzeit möglich sein. Der Rückrufantrag muss indes nicht in Parallele zum Zustimmungsantrag erst durch die Regierung ins Parlament eingebracht werden, sondern kann nach § 76 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Bundestages (GOBT) durch das Parlament selbst gestellt werden.²⁶

Unmittelbare Gefahr

Für den Fall der „Gefahr im Verzug“, insbesondere im Fall der Rettung von Menschenleben, sieht § 5 ParlBG eine Ausnahme vom Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Bundestages vor, sofern eine öffentliche Befassung des Bundestages den Erfolg der Maßnahme gefährden würde. Dann ist eine unmittelbare Unterrichtung des Bundestages bzw. eine nachträgliche Zustimmung ausreichend. Diese Ausnahme ist grundsätzlich unumstritten zulässig, sie dient der Wehrfähigkeit und sie wurde bereits in der Blauhelmentcheidung erwähnt:

„Die verfassungsrechtlich gebotene Mitwirkung des Bundestages bei konkreten Entscheidungen über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte darf die militärische Wehrfähigkeit und die Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigen. Deshalb ist die Bundesregierung bei Gefahr im Verzug berechtigt, vorläufig den Einsatz von Streitkräften zu beschließen und an entsprechenden Beschlüssen in den Bündnissen oder internationalen Organisationen ohne vorherige Einzelermächtigung durch das Parlament mitzuwirken und diese vorläufig zu vollziehen. Die Bundesregierung muß jedoch in jedem

²⁵ So aber die Forderung bei Juliane Kokott, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2002, 87a, Rdn. 30b.

²⁶ So auch Konrad Hummel, Rückrufrecht des Bundestages bei Auslandseinsätzen der Streitkräfte, NZWehrR 2001, 221 ff. (226 ff.); a. A. Peter Dreist, Rechtliche Aspekte des KFOR-Einsatzes, NZWehrR 2001, S. 1 (8f.).

Fall das Parlament umgehend mit dem so beschlossenen Einsatz befassen. Die Streitkräfte sind zurückzurufen, wenn es der Bundestag verlangt. Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, die Voraussetzungen eines solchen Notfalls und das dabei zu beobachtende Verfahren näher zu regeln.”²⁷

Privilegierte Operationen

§ 4 ParlBG sieht darüber hinaus die Einführung eines vereinfachten Verfahrens vor. Nicht durchsetzen konnte sich in den Beratungen ein Ausschussmodell. Es war nicht konsensfähig, dass Entsendeentscheidungen durch einen eigens dafür einzurichtenden Ausschuss getroffen werden. Dies wurde vorgeschlagen, um bspw. UN-mandatierte Einsätze einem erleichterten Verfahren in einem Bundestagsausschuss zu unterwerfen. Dieser Vorschlag hat wegen der damit verbundenen Missbrauchsmöglichkeiten und der mangelnden Transparenz im Bundestag keine Mehrheit gefunden. Stattdessen setzt § 4 Abs. 1 ParlBG daran an, ob ein „Einsatz geringer Intensität und Tragweite“ vorliegt. Dies wiederum soll in der Regel gegeben sein, wenn es sich, so sieht es § 4 Abs. 3 ParlBG vor, bei dem Einsatz (a) um ein Erkundungskommando handelt, das Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mit sich führt, (b) einzelne Soldatinnen oder Soldaten betroffen sind, die auf Grund von Austauschvereinbarungen Dienst in verbündeten Streitkräften leisten, oder (c) einzelne Soldatinnen oder Soldaten im Rahmen eines Einsatzes der VN, der NATO, der EU oder einer Organisation, die einen VN-Auftrag erfüllt, verwendet werden. Das privilegierte Verfahren ist insgesamt verfassungsrechtlich nicht unproblematisch, zumal in diesem nach kurzer Frist eine Zustimmungsfiktion eintreten kann, wenn nämlich „nicht innerhalb von sieben Tagen nach der Verteilung der Drucksache von einer Fraktion oder fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages eine Befassung des Bundestages verlangt wird“ (§ 4 Abs. 1 ParlBG).²⁸

b) Ratifikation des NATO-Truppenstatuts

Weitere Akte der Legislative im Zusammenhang mit der NATO-Mitgliedschaft beziehen sich auf die Stationierung von Truppen anderer Länder auf dem Gebiet der Bundesrepublik. Hier sind insbesondere folgende Vertragsgesetze einschlägig: Der Aufenthaltsvertrag vom 24. Oktober 1954,²⁹ das NATO-Truppenstatut (SOFA),³⁰ das Zusatz-

²⁷ BVerfGE 90, 286 ff. (387).

²⁸ Wolfgang Weiß, Die Beteiligung des Bundestags bei Einsätzen der Bundeswehr im Ausland. Eine kritische Würdigung des Parlamentsbeteiligungsgesetzes, NZWehr 2005, S. 100 ff. (110).

²⁹ BGBl. II 1955, 253.

³⁰ Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen vom 19.06.1951 (BGBl. 1961 T II S. 1190, mit deutschem Ausführungsgesetz vom 18.8.1961, BGBl. II 1183).

abkommen zum NATO-Truppenstatut,³¹ sowie das Headquarter-Protokoll.³² Diese Normen haben insbesondere Relevanz für die Gewährung von Immunitäten und die Unterstützungsleistungen im Rahmen militärischer Konflikte der Bündnispartner; beides sind Problemkreise, auf die bei der Darstellung konkreter Erfahrungen mit der deutschen NATO-Mitgliedschaft zurückzukommen ist (unten 6 a).

3. MAßNAHMEN DER EXEKUTIVE

Neben diesen legislativen Maßnahmen sind für die Beteiligung an konkreten Maßnahmen der NATO eine ganze Reihe exekutiver Akte erforderlich. Man kann es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts so ausdrücken:

*„Die deutsche Mitwirkung an der strategischen Gesamtausrichtung und an der Willensbildung über konkrete Einsätze des Bündnisses liegt ganz überwiegend in den Händen der Bundesregierung“.*³³

Es ist die Exekutive, die über die politische Fortentwicklung des Bündnisses durch „strategische Konzepte“ entscheidet; es ist die Exekutive, in deren Entscheidung es liegt, in welchem Umfang im Beistandsfall die Bundesrepublik an gemeinsamen Militäroperationen mitwirkt; es ist die Exekutive, die bestimmt, wie die Bundesrepublik ihrer nach Art. 5 des NATO-Vertrages obliegenden Pflicht nachkommt, to

“assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary”.

Im Bündnis hat sich eine ganze Reihe von Abstimmungsmechanismen im Hinblick auf konkrete Einsätze entwickelt.

a) Art. 4 des NATO-Vertrages & Non-Art. 5 Missions

Zunächst zu Art. 4 des NATO-Vertrages (aa) und den sog. Non-Art. 5 Missions (bb).

³¹ Zusatzabkommen zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen (Supplementary Agreement) vom 3.08.1959 (BGBl. 1961 Teil II 1183, 1218, letzte Änderung vom 28.09.1994 BGBl. Teil II 2594).

³² Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Obersten Hauptquartier der Alliierten Mächte Europa, über die besonderen Bedingungen für die Einrichtung und den Betrieb internationaler Hauptquartiere in der Bundesrepublik Deutschland (BGBl. 1969 Teil II S. 2009 ff.); umfassend zu den „Grundlagen der Stationierung ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland“: Wolfrum, Die Bundesrepublik Deutschland im Verteidigungsbündnis, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 176 Rdn. 24 ff.

³³ BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 7.5.2008, Rdn. 69.

Art. 4 des NATO-Vertrages

Der Konsultationsprozess nach Art. 4 NATO-Vertrag wurde zum ersten Mal in der 53-jährigen Geschichte des Verteidigungsbündnisses durchlaufen, als die Türkei im Vorfeld der Irak-Invasion im Jahr 2003 Unterstützungsmaßnahmen gegen denkbare irakische Abwehrmaßnahmen an ihrer Grenze zum Irak einforderte.³⁴ Über die Gewährung konkreter Schutzmaßnahmen gab es eine längere Auseinandersetzung.³⁵ Im Ergebnis ging aber die Beistandsgewährung für die Türkei auf eine exekutive Entscheidung nach erstmaligem Durchlaufen des Konsultationsprozesses nach Art. 4 NATO-Vertrag zurück.³⁶

Non-Art. 5 Missions

Auch das „strategische Konzept“ der NATO aus dem Jahr 1999 ist Abschluss einer exekutiven Verständigung.³⁷ Das strategische Konzept beinhaltet wichtige Weiterentwicklungen des NATO-Vertrages, insbesondere die Ermöglichung der sog. Non-Art. 5-Missions, also von Krisenreaktionskräften, die keine Maßnahmen kollektiver Selbstverteidigung darstellen.³⁸

Mit dem NATO-Vertrag von 1949 ist ein Verteidigungsbündnis begründet worden, das die Bündnispflichten nach Art. 5 des NATO-Vertrages ausdrücklich in den Rechtsrahmen von Art. 51 der UN-Charta (Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung) stellt und territorial begrenzt: Der Angriff, mit dem der Verteidigungsfall ausgelöst wird, muss auf das Gebiet eines Mitgliedsstaates in Europa oder Nordamerika erfolgen; Inseln, Schiffe und Flugzeuge im nordatlantischen Raum „nördlich des Wendekreises des Krebses“ eingeschlossen (Art. 6 NATO-Vertrag).³⁹

Die Ermöglichung der Non-Art. 5 Missions geht über diese klassische Konzeption von Selbstverteidigung hinaus. Die Fortentwicklung des Vertrages durch das strategi-

³⁴ NATO-Presseerklärung, Lord Robinson, 12.2.2003: “But I’m pretty certain that this is most likely to be the first time that a nation has asked for formal consultations under Article Four.” <<http://www.nato.int/docu/speech/2003/s030210a.htm>>.

³⁵ NATO-Presseerklärung, Lord Robinson, 12.2.2003, a.a.O.

³⁶ Zur gebotenen parlamentarischen Rückbindung dieser Entscheidung sogleich unter II.

³⁷ The Alliance's Strategic Concept, Approved by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington D.C. on 23rd and 24th April 1999, available at (20.07.2008): <<http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065e.htm>>.

³⁸ Barbara Delcourt/François Dubuisson, Contribution au débat juridique sur les missions "non-article 5" de l'OTAN, *Revue belge de droit international* 35 (2002), S. 439 ff.

³⁹ Zur Systematik: Pernice, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Tübingen 1998, Art. 24, Rdn. 55 ff.; vgl. generell Kutscha, „Verteidigung“ – vom Wandel eines Verfassungsbegriffs, in: *Kritische Justiz* 2004, S. 228 ff.

sche Konzept war und ist darum auch in der Bundesrepublik sehr umstritten. Das Konzept war Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001. Es ist, so das BVerfG in seiner Afghanistanentscheidung, zum ersten Mal durch die ISAF-Maßnahmen ausgeführt worden.⁴⁰

b) Art. 5 des NATO-Vertrages

Auch die Frage der konkreten Ausdeutung des Art. 5 NATO-Vertrages ist jeweils eine exekutive Entscheidung. Sie betrifft neben der Entscheidung im NATO-Rat, ob überhaupt der Bündnisfall vorliegt, auch die Entscheidung, welche konkreten Beistandsmaßnahmen eingeleitet werden. Auf der Regelungsebene gilt das (hierzu aa) für die Ausgestaltung und Aushandlung der jeweiligen Rules of Engagement (ROE), auf einer organisatorischen Ebene (hierzu bb) für die Gestaltung der Kommando- und Mitentscheidungsstrukturen.

Zustandekommen der Rules of Engagement

Die ROE werden durch die Bundesregierung in den Internationalen Organisationen ausgehandelt. Als solche regeln sie die maßgeblichen Einsatzbedingungen. Ihre Rechtsqualität ist abhängig von den jeweiligen nationalrechtlichen Voraussetzungen. Nach deutschem Rechtsverständnis ist Wirksamkeitsvoraussetzung der ROE für deutsche Befehlsempfänger (siehe § 1 V Soldatengesetz), dass der Bundesminister der Verteidigung als Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt nach Art. 65a GG (im Verteidigungsfall geht diese Befugnis nach Art. 115b GG auf den Bundeskanzler über) diese Regelungen unter Beachtung nationalrechtlicher Vorgaben in Kraft setzt. Anders als beispielsweise die USA hat die Bundesrepublik keine „Standing ROE“ (SROE), die permanent und unabhängig von der konkreten Operation gelten, allerdings gibt es in Deutschland eine „Standardtaschenkarte Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten“.⁴¹ Operationsplan und ROE sind die maßgeblichen Determinanten für die konkrete Durchführung militärischer Maßnahmen. Die jeweilige Rechtsnatur ist abhängig von den nationalrechtlichen Rahmenbedingungen. Die ROE werden in der Regel im Auftrag des Nordatlantikrates durch die höchsten Kommandobehörden der NATO, dem Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE), bzw. dem Allied Command Transformation (ACT) im Konsens mit den beteiligten Nationen erarbeitet.⁴²

⁴⁰ Siehe 4 a) (cc) unten.

⁴¹ Peter Dreist, Rules of Engagement in multinationalen Operationen. Ausgewählte Grundfragen, NZWehrR 2007, S. 45 ff.; 90 ff.; 146 ff.; siehe auch: Stefan Weber, Rules of Engagement, HUV-I 2001, S. 76 ff.

⁴² Details bei Peter Dreist, Rules of Engagement in NATO-Operationen, UBWV 2008, S. 93 ff.

Befehlsstruktur

Die Exekutivapparate der NATO sind nicht nur bei der Erarbeitung der ROE, sondern auch über die jeweilige Einsatzorganisation vernetzt. So war während der Kosovo-Kampagne die Entscheidung über die Zielfindung einem Gremium der NATO auf hoher militärischer Ebene vorbehalten:

„Returning to the target approval process, once a collaborative targeting session approved a target, it was sent forward to the decision authority. Obtaining approval from both the appropriate authorities within the United States and NATO was required before any target could be attacked. [...] Upon this final approval, the Joint Task Force (JTF) could add the target to the master list and schedule it for attack.”⁴³

Die Bundesregierung hat dies anlässlich einer parlamentarischen Anfrage im Bundestag bestätigt:

„Zielplanung und Zielauswahl sind im NATO-Rahmen abgestimmt worden.“⁴⁴

Diese Entscheidungen können von dem höchsten militärischen Gremium der NATO, dem *Military Committee*, in dem alle Mitgliedstaaten vertreten sind, getroffen werden, von einem Unterorgan dieses Gremiums, oder von einer Stelle in dem integrierten NATO-Oberkommando. In allen diesen Fällen handelt es sich um gemeinsame Organe der Mitgliedstaaten.

c) Kontrolle exekutiver Maßnahmen

Neben dem nach Art. 45b GG zu berufenden Wehrbeauftragten (siehe § 3 des Gesetzes über den Wehrbeauftragten) ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit konkreter ROEs und konkreter Operationen dem Verteidigungsausschuss des Deutschen Bundestages (Art. 45a GG) möglich. In der Praxis ist diese parlamentarische Kontrolle jedoch wenig effektiv. Dies stellt Anlass vielfältiger Kritik dar. Diese zielt nicht nur auf die mangelnde Überprüfung der jeweiligen ROEs, sondern auch darauf, dass es kaum effektiv kontrolliert wird, ob sich die konkreten Entsendungsmaßnahmen an den in den jeweiligen Parlamentsbeschlüssen (die neben den genannten Einsatzmodalitäten regelmäßig auch Grundzüge der ROEs benennen) gesetzten Rahmen halten.⁴⁵ Die diesbezügliche parla-

⁴³ T. Montgomery, Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell, in: Andrew E. Wall (Hrsg.), Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign, U.S. Naval War College International Law Studies Bd. 78, Newport 2002, S. 189 ff. (194).

⁴⁴ Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/5677 (28.03. 2001), S. 28.

⁴⁵ Siehe bspw. Timo Noetzel/Benjamin Schreer, Parliamentary Control of the Bundeswehr. The need for legislative Reform, SWP Comments 4 (2007), available at (19.07.2008):

mentarische Kontrolldichte ist optimierungsbedürftig,⁴⁶ was sich nicht zuletzt an den umstrittenen Einsätzen des Kommandos Spezialkräfte (KSK) gezeigt hat. Diese Kontrollfunktion hinsichtlich konkreter Maßnahmen wird bis dato auch durch das Bundesverfassungsgericht nur sehr eingeschränkt übernommen. So hat das Gericht im Fall der deutschen AWACS-Entsendung nach Afghanistan auf die durch die Antragstellerin vorgebrachte Behauptung, dass die Operationen ISAF und OEF durch die in der NATO praktizierte Doppelhutkonstruktion eng miteinander verwoben seien, mittels einer in der Darstellung nicht weiter in Frage gestellten Parteivernehmung reagiert:

“Die von der Antragstellerin diesbezüglich erhobenen Vorwürfe, die Einsätze seien durch eine „Doppelhut“-Konstruktion an entscheidender Stelle institutionell weitreichend vernetzt, [...], treffen nicht zu. Zu diesen Fragen hat der Generalinspekteur der Bundeswehr, General Schneiderhan, in der mündlichen Verhandlung Auskünfte gegeben, die die diesbezüglichen Angaben in dem angegriffenen Beschluss der Antragsgegnerin zur Entsendung der Tornado-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan vervollständigen und denen die Antragstellerin nicht entgegengetreten ist. [...].”⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat sodann die Aussage des *Generalinspektors der Bundeswehr* ohne weitere Überprüfung ihrer faktischen Richtigkeit seiner eigenen Entscheidung zu Grunde gelegt.

Hinsichtlich der faktischen Kontrolle der deutschen Militäroperationen, insbesondere im Hinblick auf die KSK, wird daher aktuell die Einrichtung eines parlamentarischen Sonderausschusses – gebildet u.a. aus den Ausschussvorsitzenden des Auswärtigen Ausschusses, des Verteidigungsausschusses und des Haushaltsausschusses – vorgeschlagen.⁴⁸

<http://swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=3784>.

⁴⁶ Cf. Roman Schmidt-Radefeldt, Parliamentary accountability and military forces in NATO : the case of Germany, in: Hans Born et al. (eds.), The "double democratic deficit" : parliamentary accountability and the use of force under international auspices, Aldershot 2004, p. 147 et seq.; Venice Commission, Report on the Democratic Control of the Armed Forces, Study 389 / 2006, 30/03/2008, p. 38, available at (20/07/2008): <[http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)004-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)004-e.pdf)>.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvE 2/07 of 07/03/2007, Rdn. 80 und 83 f., Hervorhebung durch Verf.

⁴⁸ Timo Noetzel/Benjamin Schreer, German Special Operation Forces. The Case for Revision, SWP 26/2006, available at (19.07.2008): <http://www.swp-berlin.org/en/common/get_document.php?asset_id=3452>.

4. GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Im Hinblick auf die deutschen Erfahrungen der NATO-Mitgliedschaft sollen nunmehr die wichtigsten Fälle, die die Fachgerichte und das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang neben der Blauhelmentscheidung zu entscheiden hatten, dargestellt werden. Dabei werden zunächst die weiteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (hierzu a) aufgezeigt und anschließend die Entscheidungen der Fachgerichte (hierzu b bis d) bearbeitet.

a) Bundesverfassungsgericht

In der Folge der o.g. Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1994 war das Bundesverfassungsgericht in einer ganzen Reihe von Verfahren mit Einsätzen im Rahmen der NATO beschäftigt. Zu nennen sind die folgenden Verfahren:

- *Kosovo* (1999 – NATO-Einsatz ohne UN-Mandat)⁴⁹
- *Strategisches Konzept der NATO 1999* (2001 – Fortentwicklung des NATO-Vertrages)⁵⁰
- *Afghanistan* (2007 – Tornado-Einsatz im Rahmen der ISAF, die über eine Doppelhutkonstruktion mit der NATO-geführten und nicht UN-mandatierten OEF verbunden ist)⁵¹
- *Türkei* (2003/2008 – AWACS-Einsatz im Rahmen der NATO)⁵²

Zu den prozessualen Konstellationen ist generell zu sagen, dass es im deutschen Recht Figuren wie die „political questions“ oder der „royal prerogative“, mit denen in den USA und in Großbritannien die Gerichte teilweise militärische Streitigkeiten einem Bereich der Nichtjustiziabilität zuweisen,⁵³ nicht gibt. Im Gegenteil sieht das Bundesverfassungsgericht seine wichtigste Aufgabe darin, die o.g. parlamentarische Prerogative im Hinblick auf die Wehrverfassung durchzusetzen. Eine Regierungsprerogative in diesem Bereich gibt es nicht:

⁴⁹ BVerfGE 100, 266.

⁵⁰ BVerfGE 104, 151.

⁵¹ Eilentscheidung: NVwZ 2007, S. 687 ff.; Hauptsacheentscheidung: NVwZ 2007, S. 1039 ff.; die höchstrichterliche Bescheidung des an der Zulässigkeit gescheiterten Antrags der MdB Gauweiler und Wimmer findet sich in: NVwZ 2007, S. 685 ff.

⁵² Eilentscheidung: BVerfGE 108, 34; Hauptsacheentscheidung: BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 7.5.2008.

⁵³ Zu diesen Argumentationsfiguren Oliver Eberl & Andreas Fischer-Lescano, Grenzen demokratischen Rechts? Die Entscheideungen zum Irakkrieg in Großbritannien, den USA und Spanien, in: HSFK Reports 8/2005, S. 1 ff.

„Da das Grundgesetz dem Deutschen Bundestag, soweit der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt reicht, ein originäres Mitentscheidungsrecht im Bereich der auswärtigen Gewalt zuweist, besteht in diesem Bereich jenseits der Eilkompetenz gerade kein eigener Entscheidungsraum der Exekutive (vgl. bereits BVerfGE 108, 34 <44>).“⁵⁴

Dass in allen o.g. Verfahren primär über möglicherweise verletzte Rechte des Parlaments verhandelt wurde, hat auch verfahrensrechtliche Gründe: Alle o.g. Verfahren sind im Wege des Organstreits nach Art. 93 Abs.1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG vor das Verfassungsgericht gelangt, welches nur von obersten Bundesorganen (oder ihren Teilen oder anderen Beteiligten) eingeleitet werden kann.

“über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind” (Art. 93 I Nr. 1 GG).

In allen vier Verfahren haben die Antragssteller geltend gemacht, dass bestimmte Praktiken der Bundesregierung im Zusammenhang mit der NATO Rechte des Bundestages verletzen. Bereits die prozessuale Konstellation machte es daher notwendig, die jeweiligen Rechtsargumente hinsichtlich etwa behaupteter Völkerrechtswidrigkeiten mit möglicherweise verletzten Rechten des Parlaments in Beziehung zu setzen.⁵⁵

Kosovo-Entscheidung: Verletzung von Parlamentsrechten?

Die Kosovo-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes ist die kürzeste Entscheidung in diesem Zusammenhang. Die Fraktion der PDS, die u.a. in Prozessstandschaft im Wege des Organstreitverfahrens geltend machte, dass die deutsche Beteiligung an der humanitären Intervention im Kosovo das Völkerrecht und die deutsche Verfassung und dadurch im Ergebnis Rechte des Parlaments verletze, scheiterte bereits an der Zu-

⁵⁴ BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 7.5.2008, para. 82.

⁵⁵ Ein direkterer Weg zum Bundesverfassungsgericht wäre das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, die „bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages” (Art. 93 I Nr. 2 GG) erhoben werden kann. Der konstitutive Parlamentsbeschluss dürfte Recht in diesem Sinne darstellen (str., siehe Christian Fischer/Andreas Fischer-Lescano, Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, KritV 85 (2/2002), S. 113 ff.). Allerdings hat es in dieser Verfahrensart bislang keinen Prozess wegen Maßnahmen im Rahmen der NATO gegeben.

lässigkeitshürde. Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts verweist auf die strukturelle Schwäche der Rechtskontrolle durch das Gericht, das im Wege des Organstreitverfahrens in der genannten Konstellation nur angerufen werden kann, wenn Verfahrensrechte der Fraktionen oder des Bundestages selbst verletzt worden sind. Durch die Kosovo-Intervention habe es solch eine Rechtsverletzung jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil der Deutsche Bundestag der Intervention zugestimmt habe,⁵⁶ so dass der zu verlangende konstitutive Parlamentsbeschluss vorlag. Eine Übergehung des Parlaments konnte insofern nicht mehr geltend gemacht werden, weshalb das Gericht die Klage schon aus prozessualen Gründen abgewiesen hat, ohne sich mit dem materiell rechtlichen Fragen überhaupt zu beschäftigen.⁵⁷

Das Strategische Konzept der NATO: „Vertrag auf Rädern“

Das zweite im vorliegenden Zusammenhang zentrale Verfahren ist die Entscheidung anlässlich des „strategischen Konzeptes“ der NATO aus dem Jahr 1999.⁵⁸ Das strategische Konzept beinhaltet, wie bereits gesagt, wichtige Weiterentwicklungen des NATO-Vertrages, insbesondere die Ermöglichung sog. Non-Art. 5-Missions, also den Einsatz von Krisenreaktionskräften, die gerade keine Maßnahmen kollektiver Selbstverteidigung darstellen.⁵⁹ Die Antragsteller in diesem Verfahren haben nun unter Berufung auf eine Formulierung von Georg Ress, der NATO-Vertrag sei ein „Vertrag auf Rädern“,⁶⁰ argumentiert, dass diese Ergänzung das Integrationsprogramm des ursprünglichen 49er NATO-Vertrages nachhaltig überschreite.

Die Bundesregierung habe mit der Verabschiedung des Konzeptes im NATO-Rat ultra vires gehandelt, denn tatsächlich handele es sich um eine Fortentwicklung des NATO-Vertrages, welcher der Bundestag in Form eines Vertragsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG hätte zustimmen müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Argumentation nicht anschließen wollen, sondern stattdessen eine subtile Differenzierung zwischen Vertragskonkretisierung und Vertragsänderung eingeführt:

⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 13/11469; BT-Plenarprotokoll, 13. WP, 248. Sitzung vom 16. Oktober 1998, S. 23161.

⁵⁷ BVerfGE 100, 266.

⁵⁸ The Alliance's Strategic Concept, Approved by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington D.C. on 23rd and 24th April 1999, available at (20.07.2008): <<http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065e.htm>>.

⁵⁹ Barbara Delcourt/François Dubuisson, Contribution au débat juridique sur les missions "non-article 5" de l'O-TAN, Revue belge de droit international 35 (2002), S. 439 ff.

⁶⁰ Vgl. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: Festschrift für Zeidler, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1175 ff. (1179).

“Die nicht als Vertragsänderung erfolgende Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG bedarf keiner gesonderten Zustimmung des Bundestags. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG ist keiner erweiternden Auslegung zugänglich... Der Abstand der Funktionen kollektiver Verteidigung und regionaler Sicherheit der NATO bleibt auch insoweit erhalten, als das Konzept den Sicherheitsbegriff auf Bedrohungen für die Stabilität des euro-atlantischen Raums ausdehnt, die sich aus internen Krisen einzelner Staaten im und um den euro-atlantischen Raum... ergeben.”⁶¹

Danach soll es genügen, dass die Maßnahmen der NATO einen Bezug zur Sicherheit in der euro-atlantischen Region haben. Die Weiterentwicklung der Einsatzformen stelle hinsichtlich dieses Sicherheitsziels lediglich eine Konkretisierung des bereits im 49er Vertrag angelegten Integrationsprogramms dar, für das eine Erneuerung des legitimato-
rischen Bandes nicht notwendig sei.

Eine Vielzahl von Stimmen in der deutschen Literatur fordert hingegen:

*“a stronger involvement of national parliaments is the only viable alternative if the so-called foreign affairs, which have more and more domestic consequences, shall not entirely remain in the hands of bureaucrats and governments”.*⁶²

Die Entscheidung zum strategischen Konzept wurde insbesondere deshalb kritisiert, weil sie eine demokratische Rückbindung des exekutiv getriebenen NATO-Systems desavouiere. Das Gericht habe seine im Kontext des europäischen Integrationsprozesses selbst gesetzten Maßstäbe verletzt.⁶³ Der NATO-Vertrag im Jahr 2001 sei mit dem NATO-Vertrag des Jahres 1949 kaum noch identisch.

Afghanistan: „Im Rahmen“ eines Systems kollektiver Sicherheit?

Im Fall der Entsendung deutscher AWACS-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan hatte das deutsche Verfassungsgericht Gelegenheit diese Auffassung von der zulässigen Fortentwicklung des Vertragswerkes der NATO zu präzisieren. Die Billigung des Einsatzes deutscher Truppen über ihren ausschließlichen Einsatz zur Territorialverteidi-

⁶¹ BVerfGE 104, 151 ff. (209 f.); 2 BvE 6/99, 19/06/2001, Rdn. 148 u. 146.

⁶² Andreas L. Paulus, *Quo vadis Democratic Control? The Afghanistan Decision of the Bundestag and the Decision of the Federal Constitutional Court in the NATO Strategic Concept Case*, 3 German Law Journal No. 1 (01 January 2002), para. 37.

⁶³ Statt aller m.w.N. Martin Baumbach, *Vertragswandel und demokratische Legitimation. Auswirkungen moderner völkerrechtlicher Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht*, Berlin 2007, S. 93 ff.; Stefan Kadelbach, *Die parlamentarische Kontrolle des Regierungshandelns bei der Beschlussfassung in internationalen Organisationen*, in: Geiger (Hrsg.), *Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt*, Baden-Baden 2003, S. 41 ff. (48).

gung (Art. 87a, 115a GG) hinaus „out of area“ nach Art. 87a Abs. 2 i.V.m. 24 Abs. 2 GG wurde vom BVerfG bereits im Grundsatzjudikat 1994 daran geknüpft, dass die Bundeswehr *im Rahmen und nach den Regeln* eines „Systems der kollektiven Sicherheit“ eingesetzt wird.

In der Afghanistan-Entscheidung stellte sich nun genau diese Frage, nämlich ob der Einsatz noch „im Rahmen der Regeln der NATO“ stattfand. Problematisch hierbei sei, so die Auffassung der antragstellenden Linksfraktion, dass die AWACS-Aufklärer sowohl im Rahmen der ISAF als auch der OEF tätig werden sollten. Beide Operationen in Afghanistan sind durch eine sog. „double hat“-Konstruktion miteinander verwoben. So habe die Bundesregierung selbst ausgeführt, dass der Doppelhut als ISAF-Kommandeur *„gleichzeitig als Angehöriger der nationalen US-Kommandostruktur auch für die US-geführten OEF-Kräfte zur Terrorismusbekämpfung verantwortlich [ist]. Damit ist eine bestmögliche Koordination der Sicherheitsoperationen unter der ISAF (Flankierung des Wiederaufbaus, kein offensiver Einsatz zur Terrorismusbekämpfung) und der OEF (aktive Terrorismusbekämpfung) gewährleistet.“*⁶⁴

Ein Teil der Rechtsfrage im Afghanistanfall zielte denn auch darauf, in wie fern die völkerrechtliche Fragwürdigkeit der OEF auch die auf einem UN-Mandat beruhende ISAF-Operation infizierte.⁶⁵ Das Bundesverfassungsgericht entzog sich dieser Problematik, indem es, wie oben bereits angeführt,⁶⁶ seiner Entscheidung die Aussage des General Schneiderhan, the Chief of Staff of the Bundeswehr, zugrunde legte und von der hinreichenden operationalen Trennung der beiden Operationen ausging. Daher komme es auf die Frage der völkerrechtlichen Einordnung von OEF nicht mehr an. Entscheidend sei die Bewertung der ISAF-Operation und hierbei die Frage, die bereits in der Entscheidung zum strategischen Konzept als zentral herausgearbeitet wurde: Dienen die Non-Art. 5-Measures noch dem Schutz der euro-atlantischen Region? Das BVerfG führt hierzu aus:

“Der ISAF-Einsatz in Afghanistan ist ein Krisenreaktionseinsatz der NATO im Sinne des neuen Strategischen Konzepts von 1999. Zwar hat der NATO-Rat am 12. September 2001 in Reaktion auf die Terroranschläge gegen die Vereinigten Staaten von Amerika vom Vortag erstmals in der Geschichte der NATO den Bündnisfall nach Art. 5 des NATO-Vertrags festgestellt. Rechtlich muss aber der

⁶⁴ Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/2380 vom 09.08.2006, Ziff. 30a.

⁶⁵ Detailliert zum Verfahren: Andreas Fischer-Lescano, Bundeswehr als globaler Sicherheitsdienstleister? Grenzen der Zustimmungsfähigkeit von bewaffneten Streitkräfteeinsätzen in: Andreas Fischer-Lescano/Hans-Peter Gasser/Thilo Marauhn/Natalino Ronzitti (Hrsg.), Frieden in Freiheit - Peace in liberty - Paix en liberté. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2008.

⁶⁶ Sie 3 c oben.

ISAF-Einsatz strikt getrennt betrachtet werden von der ebenfalls in Afghanistan präsenten Operation Enduring Freedom, die sich völkerrechtlich auf die Feststellung des Bündnisfalls und vor allem auf das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung im Sinne von Art. 51 der Satzung der Vereinten Nationen beruft (vgl. BT-Drucks 14/7296, S. 1 f.). Dass die NATO einen Krisenreaktionseinsatz in Afghanistan und damit außerhalb ihres Bündnisgebiets führt, stellt keine Praxis dar, die über die Konzeption des Strategiekonzepts von 1999 hinausgeht. Denn aus diesem ergibt sich deutlich, dass von vornherein auch und gerade an Krisenreaktionseinsätze außerhalb des Bündnisgebiets gedacht war (vgl. Ziff. 53e, 56 und 59 des Konzepts). Dies ist, wie der Senat bereits festgestellt hat, keine Überschreitung des Integrationsprogramms des NATO-Vertrags, soweit und solange der grundlegende Auftrag zur Sicherung des Friedens in der Region nicht verfehlt wird (vgl. BVerfGE 90, 286 <349>; 104, 151 <210 f.>).“⁶⁷

Das Bundesverfassungsgericht sieht damit den Deutschen Bundestag im Ergebnis deshalb nicht in seinem Recht aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt, weil der NATOgeführte ISAF-Einsatz in Afghanistan der Sicherheit des euro-atlantischen Raums diene und sich innerhalb des Integrationsprogramms des NATO-Vertrags bewege, wie es der Deutsche Bundestag im Wege des Zustimmungsgesetzes zu diesem Vertrag auch legitimiert habe. Festzuhalten bleibt jedoch: Das BVerfG hält den Bezug militärischer Sicherheitsmaßnahmen zur euro-atlantischen Region für *die maßgebliche Konstante* der Konzeption des Nordatlantikvertrages. Solange diese Konstante gewahrt sei, bedürfe es keiner Erneuerung des legitimatorischen Bandes zwischen völkerrechtlichem NATO-Vertrag und nationalem Gesetzgeber. Übersteigen militärische Maßnahmen diesen Regionalbezug stehen sie außerhalb des Systems kollektiver Sicherheit. Sie sind dann verfassungswidrig und daher nicht mehr zustimmungsfähig.

Um zusammenzufassen: Nach der durch das Afghanistanjudikat 2007 gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellen die folgenden Einsätze *keine zustimmungsfähigen* Einsätze dar:

- (1) Einsätze, die den durch Zustimmungsgesetz anerkannten Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme sprengen, also bspw. Einsätze im Rahmen der NATO, die als Maßnahmen eines globalen Sicherheitsdienstleisters ersichtlich keinen Bezug zur euro-atlantischen Region aufweisen.⁶⁸
- (2) Einsätze, die evident nicht der Friedenswahrung dienen und bei denen keine Vorkehrungen zur Einhaltung des Völkerrechts getroffen worden sind.

⁶⁷ BVerfG, 2 BvE 2/07 vom 07/03/2007, Ziff. 57 f.

⁶⁸ Siehe auch Dreist, Urteilsanmerkung, NZWehr 2007, S. 208 ff. (210f.).

Türkei-Entscheidung: „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“

In der jüngsten Entscheidung im Zusammenhang mit den oben erwähnten⁶⁹ NATO-Militärmaßnahmen in der Türkei hatte das Bundesverfassungsgericht die Schwelle der Zustimmungspflichtigkeit zu präzisieren. Nach § 2 ParlBG ist ein Einsatz zustimmungspflichtig, wenn „Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist.“ Ausgenommen sein sollen nach § 2 Abs. 2 ParlBG vorbereitende Maßnahmen und Planungen. Sie bedürfen keiner Zustimmung, ebenso wenig humanitäre Hilfsdienste und Hilfsleistungen der Streitkräfte, bei denen Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mitgeführt werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Soldatinnen oder Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen werden. Für die Einbeziehung müssen die jeweils entsandten Einheiten nicht selbst bewaffnete Gewalt anwenden; ferner genügt, so das BVerfG, eine Gewaltanwendung zur Selbstverteidigung, um die Zustimmungspflichtigkeit auszulösen.⁷⁰

Die Bundesregierung hatte im Vorfeld des Einsatzes argumentiert, dass der Einsatz der integrierten AWACS-Verbände bloße Bündnisroutine darstelle, eine Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen nicht zu erwarten sei und darum vor der Entsendung ein Parlamentsbeschluss nicht herbeigeführt werden müsse. Die antragstellende FDP hielt dem insbesondere entgegen, dass die Maßnahmen zur Unterstützung der Türkei als Ausführung eines nach Durchlaufen des in Art. 4 NATO-Vertrag vorgesehenen Konsultationsprozesses gesehen werden müsse und von Bündnisroutine daher keine Rede sein könne. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Es darf demnach für die Beurteilung der Frage der „Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen“, also hinsichtlich des die Zustimmungspflichtigkeit auslösenden Punktes, nicht auf eine isolierte Einzelbetrachtung ankommen,⁷¹ vielmehr ist das Kriterium der bewaffneten Unternehmung im Gesamtzusammenhang mit der jeweiligen Inanspruchnahme zu verstehen. Die beteiligten Einsatzkräfte der Bundeswehr müssen selbst nicht zwangsläufig

⁶⁹ Vgl. 3 a) (aa).

⁷⁰ So schon: BVerfGE 90, 286 ff. (387 f.).

⁷¹ Zur Abgrenzung: Baldus, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. (2001), Art. 87 a Rdn. 34; Burkiczak, Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?, ZRP 2003, S. 82ff. (83); Oeter, Einsatzarten der Streitkräfte außer zur Verteidigung – Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: NZWehr 2000, S. 89ff. (97); März, Bundeswehr in Somalia, Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Überlegungen zur Verwendung deutscher Streitkräfte in VN-Operationen (1993), S. 27; ähnlich: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. (2000), Art. 87a, Rdn. 4; Tomuschat, in: BK, Art. 24 (1985) Rdn. 187; Riedel, Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland - Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte (1989), S. 210f.; umfassend: Zimmer, Einsätze der Bundeswehr im Rahmen kollektiver Sicherheit (1995), zgl. Diss. Würzburg (1994), S. 52ff.

fig bewaffnet sein, um das Merkmal der „Einbeziehung“ in bewaffnete Unternehmungen zu erfüllen, Auch gewaltneutrales Tätigwerden - wie die AWACS-Aufklärungsflüge - kann einen zustimmungspflichtigen Einsatz darstellen, wenn dadurch eine andere Institution bei wahrscheinlichen militärischen Auseinandersetzungen unterstützt wird, etwa, wenn das hoheitliche Handeln einer anderen Militärmacht durch das schlichthoheitliche Handeln der Bundeswehr erst ermöglicht wird.⁷² Diese Unterstützungshandlung unterfällt genau dann dem konstitutiven Parlamentsvorbehalt, wenn eine Gesamtschau ergibt, dass sie im Rahmen bewaffneter Unternehmungen erfolgt.⁷³

Dass Bundesverfassungsgericht hat hierzu insbesondere festgestellt, dass der exekutiven Dynamik innerhalb des Bündnissystems ein starker Parlamentsvorbehalt für die einzelnen Entscheidungen entgegengesetzt werden soll:

„Die verfassungsrechtlich gebotene Wahrnehmung parlamentarischer Verantwortung für die Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit kann allerdings auf praktische Schwierigkeiten stoßen, weil die Bundesregierung durch ihren Wissensvorsprung und durch die Erfahrung der kooperativen Bedingungen im Bündnissystem den Vorteil des unmittelbar Handelnden genießt. Jedes System gegenseitiger kollektiver Sicherheit folgt insoweit unter Wahrung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Souveränität in der Praxis Eigengesetzlichkeiten der Bündnissolidarität, auf die der Bundestag schwerlich einen prägenden Einfluss wird nehmen können. Nur die Bundesregierung nimmt teil an der koordinierten Willensbildung etwa im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen oder in den Entscheidungsgremien der NATO. Das Parlament kann von den dort getroffenen Entscheidungen nicht im Nachhinein einseitig abrücken, ohne politischen Schaden im Bündnis und damit für die Bundesrepublik Deutschland zu verursachen (...). Deshalb ist der Deutsche Bundestag häufig gezwungen, bis zu den Grenzen der Vertragsänderung einerseits und des vertraglichen Integrationsprogramms andererseits das politische Handeln in einem durch die Exekutiven der Staaten geprägten Systemverbund nachvollziehend zu begleiten und sich auf die dargestellte mittelbare Einflussnahme zu beschränken.

⁷² Riedel, Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland - verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte (1989), 233 ff.; Schultz, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung (1998), zugl. Diss. Würzburg (1997), 178f., m.w.N.

⁷³ Zu den Fragen hinsichtlich der Türkei-Einsatz: Fischer-Lescano, Konstitutiver Parlamentsvorbehalt: Wann ist ein AWACS-Einsatz ein „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“?, NVwZ 22 (2003), S. 1474 ff; Dreist, AWACS-Einsatz ohne Parlamentsbeschluss? Aktuelle Fragestellungen zur Zulässigkeit von Einsätzen bewaffneter Streitkräfte unter besonderer Berücksichtigung der NATO-AWACS-Einsätze in den USA 2001 und in der Türkei 2003, ZaöRV 2004, S.1001 ff.

(...) Wegen der politischen Dynamik eines Bündnissystems ist es umso bedeutender, dass die größer gewordene Verantwortung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte in der Hand des Repräsentationsorgans des Volkes liegt.“⁷⁴

Darum hat das Gericht auch eine Einschätzungsprärogative der Exekutive bei der Frage, ob ein bewaffneter Einsatz zu erwarten ist, abgelehnt.

b) Zivilrechtliche Entscheidungen

Neben dem Bundesverfassungsgericht sind auch die zivilen Fachgerichte mit Maßnahmen der NATO befasst worden. Die Beteiligung an NATO-Operationen kann zu zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen führen. Insbesondere der Fall „Brücke von Varvarin“ ist hier als Präzedenzfall zu nennen. Die Angehörigen der Opfer eines NATO-Bombardements im Rahmen der Kosovo-Intervention verklagen hier die Bundesrepublik wegen der behaupteten Beteiligung an diesem Bombardement, das Regeln des bewaffneten Konfliktes verletzt haben soll. Der Fall ist bislang nicht abschließend entschieden, eine Verfassungsbeschwerde gegen eine ablehnende Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist noch anhängig.⁷⁵ Generell ist zu bemerken, dass die Bundesrepublik bei gemeinsamen Militärmaßnahmen grundsätzlich für eigenes und auch fremdes Verschulden haftet. In Betracht kommen insofern Schadensersatzansprüche aus deutschem Amtshaftungsrecht, aber auch unmittelbar aus völkerrechtlicher Staatshaftung.⁷⁶

c) Strafrechtliche Entscheidungen

Auch eine Reihe strafrechtlicher Verfahren sind im Zusammenhang mit der NATO-Mitgliedschaft Deutschlands zu erwähnen. So statuiert schon Art. 26 Abs. 1 GG eine Pönalisierungspflicht für Aggressionsdelikte:

„Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen.“

⁷⁴ BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 7.5.2008, Rdn. 69.

⁷⁵ BGH, Urteil v. 02. November 2006, III ZR 190/05, BGHZ 169, 348-364; zur Vorinstanz: Philipp Herrmann, Aktueller Fall: Recht auf Leben nicht einklagbar? Das Varvarin-Urteil des Landgerichts Bonn vom 10. Dezember 2003, HUV-I 17 (2004) 2, S. 79 ff.

⁷⁶ Anatol Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, Archiv des öffentlichen Rechts 133 (2008), S. 191 ff.; Andreas Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln. Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, in: Archiv des Völkerrechts 45 (3/2007), S. 299 ff.

Dieser Verfassungsauftrag wurde durch § 80 des Strafgesetzbuches umgesetzt. Die Norm bildet den Hintergrund einer Reihe von Strafanzeigen wegen des Vorwurfs der Beteiligung an einem Angriffskrieg durch Mitglieder der Bundesregierung.⁷⁷ Ferner spielt die Rechtmäßigkeit militärischer Maßnahmen der NATO in einer ganzen Reihe von Strafprozessen im Zusammenhang mit Protest- und Widerstandshandlungen gegen den Irakkrieg eine Rolle. Maßgeblich US-amerikanische Militärbasen und militärisch genutzte Infrastruktur wie der Frankfurter Flughafen waren hier u. a. Gegenstand von Blockadeaktionen. In diesen Prozessen wird inzident regelmäßig auch über die Frage der Völkerrechtskonformität militärischer Maßnahmen verhandelt.⁷⁸

Schließlich spielte die NATO-Mitgliedschaft Deutschlands und die Stationierung US-amerikanischer Militärs auf deutschem Territorium auch im Kontext der Strafanzeige wegen der Foltervorwürfe in Abu Ghraib eine Rolle.⁷⁹ Zahlreiche der Beschuldigten waren und sind in US-amerikanischen Militäreinrichtungen in der Bundesrepublik stationiert. In diesen Verfahren stellte sich die Frage der Immunität nach dem NATO-Truppenstatut und dem für Deutschland geltende Zusatzabkommen (dazu unten 6 a).⁸⁰

d) Verwaltungsrechtliche Entscheidungen

Rechtsfragen, die aus der deutschen NATO-Mitgliedschaft resultieren, sind ferner in einer ganzen Reihe verwaltungsgerichtlicher Verfahren behandelt worden.

Verfahren gegen die militärische Infrastruktur

Wichtiger Posten bei den verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der NATO-Mitgliedschaft sind Verfahren gegen Genehmigungsentscheidungen im Zusammenhang mit militärischen Infrastruktureinrichtungen der NATO-Staaten. Das be-

⁷⁷ Siehe Generalbundesanwalt beim BGH Entschließung v. 21.3.2003, Kein Anfangsverdacht wegen Vorbereitung eines Angriffskrieges, in: Juristenzeitung 2003, S. 908 ff.; hierzu Claus Kreß, The German Chief Federal Prosecutor's decision not to investigate the alleged crime of preparing aggression against Iraq, Journal of international criminal justice 2 (2004), S. 245 ff.; Kai Ambos, Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?, in: Menschengerechtes Strafrecht - Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 671 ff.

⁷⁸ Siehe für eine Auswahl das Sonderheft „Ziviler Ungehorsam gegen den Irak-Krieg: Die „resist“-Prozesse“, Friedensforum. Zeitschrift der Friedensbewegung, Nr. 3, 2005, S. 1 ff.

⁷⁹ Zum Abu Ghraib-Verfahren in der Bundesrepublik: Andreas Fischer-Lescano, Torture in Abu Ghraib: The Complaint against Donald Rumsfeld under the German Code of Crimes against International Law, in: German Law Journal 2005:3, S. 689 ff.

⁸⁰ Siehe NATO Status of Forces Agreement (SOFA), BGBl. 1961 II 1190; SOFA Zusatzvereinbarung, BGBl. 1961 II 1218; Revidierte SOFA Zusatzvereinbarung, BGBl. 1994 II 2594, 2598.

trifft eine frühe Phase der Stationierung,⁸¹ aber auch aktuelle Genehmigungsentscheidungen, bspw. hinsichtlich der militärischen Nutzung des Leipziger Zivilflughafens, sowie der Erweiterung und Nutzung des Militärflughafens Ramstein durch NATO-Verbände.⁸²

Neben den Genehmigungsentscheidungen ist die Überprüfung des Verhaltens der stationierten NATO-Streitkräfte zu nennen. Für die zuständigen deutschen Behörden ergibt sich aus dem deutschen Recht eine Verpflichtung, der Frage nachzugehen,

„ob die Stationierungstreitkräfte auf den ihnen zur ausschließlichen Nutzung überlassenen Liegenschaften (und im Luftraum darüber) im Einzelfall ausschließlich „Verteidigungspflichten“ i.S. des NATO-Vertrages wahrnehmen oder aber andere Maßnahmen vorbereiten oder gar bereits vornehmen.“⁸³

Zwar sind nach dem BVerfG bezogen auf die Lagerung chemischer Waffen durch US-amerikanische Streitkräfte auf dem Gebiet Deutschlands die

„im Bundesgebiet mit Einverständnis der Bundesrepublik Deutschland stationierten fremden Streitkräfte ... nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts hinsichtlich ihres hoheitlichen Verhaltens, zu dem auch die Lagerung von Waffen zu Verteidigungszwecken zählt, in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland entzogen; dies schließt ihnen gegenüber den Erlaß von Einzelakten aus, die eine einseitige hoheitliche Regelung eines Einzelfalls enthalten. Im NATO-Truppenstatut und dem Zusatzabkommen nebst Unterzeichnungsprotokoll hierzu finden sich keine Vorschriften, die hinsichtlich der Lagerung von Waffen von dieser Regel abwichen.“⁸⁴

Allerdings sind deutsche Stellen im Ergebnis nicht gehindert, die zuständigen Stellen des Entsendestaates bzw. seiner Streitkräfte auf ihre Verpflichtung hinzuweisen, das deutsche Recht und Normen des Völkerrechts unter Berücksichtigung des Rechtsstandpunktes deutscher Stellen zu achten.⁸⁵ Hier ist insbesondere von Bedeutung, dass das

⁸¹ Umfassend Dieter Deiseroth, US-Basen in der Bundesrepublik, Starnberg 1988; Rumpf, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, Karlsruhe 1969, S. 17; Randelzhofer/Harndt, Genehmigung und Durchführung von Flugtagen der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Streitkräfte - Ein Beispiel der NATO-Integration, NJW 1989, S. 425 (428).

⁸² BVerfG 4 A 3001.07; zu Ramstein bspw. OVG Rheinland-Pfalz, 8 A 10565/07.OVG und 8 A 10536/07.OVG jeweils vom 28.08.2007.

⁸³ Dieter Deiseroth, US-Basen in der Bundesrepublik, Starnberg 1988, S. 49, dort auch zu den möglichen Rechtsgrundlagen entsprechender Informations- und Kontrollrechte.

⁸⁴ BVerfG, NJW 1988, S. 1651 (1652).

⁸⁵ Zu dieser Anforderung an deutsche Behörden: BVerfG NVwZ 1989, 750 ff.; VGH Kassel, NJW 1984, 2055; Sennekamp, a.a.O., 2737; Deiseroth, a.a.O., S. 51; ders., US-Truppen und deutsches Recht, Melsungen 1986, S. 162 f.

BVerfG in der zuletzt zitierten Entscheidung ausdrücklich davon spricht, dass das Grundgesetz mit

„der Entscheidung für die militärische Landesverteidigung (Art. 24 II, 87a, 115a ff. GG) [...] zu erkennen gegeben [hat], daß der Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG Rückwirkungen auf die Bevölkerung bei einem völkerrechtsgemäßen Einsatz von Waffen gegen den militärischen Gegner im Verteidigungsfall nicht umfaßt; daß ein Einzelner in der Nähe eines Waffendepots lebt oder arbeitet, stellt keinen besonderen Umstand dar, der ausnahmsweise eine andere Beurteilung geböte. Dies bedeutet indessen nicht, daß die öffentliche Gewalt nicht gehalten sein könnte, Vorkehrungen zum Schutze der Zivilbevölkerung zu treffen.“⁸⁶

Im Umkehrschluss bedeutet das aber auch, dass die für die Einzelnen entstehenden Gefahren bei einem völkerrechtswidrigen Einsatz militärischer Gewalt nicht vom Verfassungsgeber durch seine Entscheidung für die Landesverteidigung „gedeckt“ sind und damit verfassungsrechtlich unbedenklich wären. Vielmehr verlangt die Verfassung in Fällen völkerrechtswidriger Maßnahmen dann, dass den erhöhten Gefahren für die Zivilbevölkerung auf allen Ebenen staatlichen Handelns eine besondere Beachtung geschenkt werden muss.

Das Bundesverwaltungsgericht zum Irak-Einsatz

Der verfassungsrechtliche Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wird insbesondere dann ausgelöst, wenn deutsche Staatsorgane Unterstützungsleistungen für völkerrechtswidrige militärische Maßnahmen tätigen. Auch völkerrechtlich handelt nicht nur der Angriffsstaat selbst rechtswidrig, sondern auch derjenige Staat, der einem Aggressor hilft, etwa indem er auf seinem Hoheitsgebiet dessen kriegsrelevante Aktionen duldet oder gar unterstützt.⁸⁷ Rechtsfolge einer Duldung ist hierbei, dass sich die Bundesrepublik selbst eines völkerrechtlichen Delikts schuldig macht: Denn der Frage nach der Zulässigkeit von Unterstützungs- oder Hilfeleistungsmaßnahmen durch einen am Konflikt nicht unmittelbar beteiligten Staat ist

„im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot nicht einfach durch den Hinweis zu begegnen, die Bundesrepublik sei nicht am Konflikt beteiligt. Die Unterstützung einer Militäraktion kann nicht nur durch militärische Teilnahme an Kampfhandlungen erfolgen, sondern auf mancherlei unterschiedliche Weise. Die Beihilfe zu einem völkerrechtlichen Delikt ist selbst ein Delikt.“⁸⁸

⁸⁶ BVerfG, a.a.O., 1655.

⁸⁷ Dieter Deiseroth, Zur geltenden Rechtslage - US-Stützpunkte in Deutschland im Irak-Krieg in Wissenschaft und Frieden 1/2003.

⁸⁸ Michael Bothe, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, AVR 41 (2003), S. 255, 266.

Dann stellt sich freilich die Frage, was bereits als eine Hilfeleistung anzusehen ist. Im Zuge des Irak-Krieges wurden relevant:

- Gewährung von Überflugrechten
- Übernahme der Überwachung amerikanischer Militäreinrichtungen
- Beteiligung deutscher Soldaten am Einsatz der AWACS-Flugzeuge zur Überwachung des türkischen und des an die Türkei angrenzenden Luftraums, d.h. zum Schutz der Türkei vor möglichen Gegenmaßnahmen des Irak

Zur Konkretisierung des Verbots unzulässiger Unterstützungs- oder Hilfeleistungsmaßnahmen wurden im Neutralitätsrecht eine ganze Reihe relevanter Maßstäbe entwickelt. Für die Bundeswehr ist dies in einer Zentralen Dienstvorschrift (ZDv 15/2) aus dem Jahre 1992 konkretisiert. Gemäß dem „principle of abstention“ verbietet das Neutralitätsrecht jede Handlung, die eine Unterstützung der Kriegspartei darstellen kann. Konkret heißt das:

„Streitkräfte einer Vertragspartei, die sich auf dem Gebiet des neutralen Staates befinden, sind daran zu hindern, an den Kampfhandlungen teilzunehmen. Sie sind ggf. zu internieren. Dass die Bundesrepublik gegen diese neutralitätsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat, ist eindeutig. Die Gewährung völliger Bewegungsfreiheit für die amerikanischen und britischen Truppen in Richtung auf den Irak, die Übernahme von Überwachungsaufgaben, die diese Truppen entlasten und in ihren Aktionen unterstützen sollten, war eine Beistandsleistung, die nach traditionellen neutralitätsrechtlichen Regeln eindeutig rechtswidrig war [...] Die weitere Frage muss dann dahin gehen, ob denn diese Verletzungen des Neutralitätsrechts gleichzeitig als Beihilfe zu einer Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots angesehen werden müssen. Sinn der genannten Maßnahmen war es, das Vorgehen der Vereinigten Staaten und Großbritanniens zu fördern, obwohl die Bundesregierung es politisch ablehnte. Wegen dieses Förderungszwecks kann man es aber nicht anders als Beihilfe betrachten.“⁸⁹

Das Bundesverwaltungsgericht hatte vor diesem Hintergrund der möglichen Beihilfe zu einem völkerrechtlichen Delikt am 21. Juni 2005 über eine Befehlsverweigerung eines Bundeswehrangehörigen zu entscheiden. Anlässlich dieser Entscheidung hat das Gericht zu den die Unterstützung des Irakkrieges betreffenden Maßnahmen u.a. festgestellt:

„Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen steht fest, dass die Bundesregierung Deutschland im Zusammenhang mit diesem am 20. 3. 2003 begonnenen Krieg insbesondere die Zusagen machte und erfüllte, den USA und dem UK für den Luftraum über dem deutschen Hoheitsgebiet „Überflugrechte“ zu

⁸⁹ M. Bothe, a.a.O., S. 267 f.

gewähren, die Nutzung ihrer „Einrichtungen“ in Deutschland zu ermöglichen sowie für den „Schutz dieser Einrichtungen“ in einem näher festgelegten Umfang zu sorgen; außerdem hatte sie im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg dem weiteren Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen „zur Überwachung des türkischen Luftraums zugestimmt“. ... Gegen die völkerrechtliche Zulässigkeit dieser Unterstützungsleistungen bestehen gravierende rechtliche Bedenken, die der Sache nach für den Soldaten Veranlassung waren, die Ausführung der ihm erteilten beiden Befehle zu verweigern, weil er sonst eine eigene Verstrickung in den Krieg befürchtete.“⁹⁰

Die Entscheidung hatte primär Fragen der Gewissensfreiheit im Wehrrechtsverhältnis zum Gegenstand, das Gericht hat aber die Plausibilitätsprüfung der Gewissensentscheidung zum Anlass genommen, die Fragen der Beihilfe zum völkerrechtlichen Delikt durch die Gewährung von Unterstützungsleistungen durch NATO-Mitgliedstaaten umfassend zu behandeln.⁹¹

5. RECHTSKONTROLLE DURCH INTERNATIONALE GERICHTE

Mit der Internationalisierung und der globalen Vernetzung der Sicherheitsgewährleister geht eine Internationalisierung der Judikationsvorgänge im Bereich des Sicherheitsrechtes einher. Auch in diesem Bereich ist wie insgesamt im Völkerrecht eine explosionsartige Vervielfältigung voneinander unabhängiger global agierender und zugleich sektoriell begrenzter Gerichte, Quasi-Gerichte und anderer Konfliktlösungsinstanzen zu beobachten.⁹² Zur internationalen Gerichtsbarkeit im Feld des Sicherheitsrechts zählen neben dem Internationalen Gerichtshof (IGH) unter anderem regionale Menschenrechts-

⁹⁰ NJW 2006, S. 77 ff. (95).

⁹¹ Bundesverwaltungsgericht, 21. Juni 2005, BVerwG, 2 WD 12.04. Das Urteil ist abrufbar unter: <www.bverwg.de/files/a438b928466055d9ec8dcc429e3f5b0a/3060/2wd12-u-04.pdf> (7.9.2005);

hierzu: Michael Droege/Andreas Fischer-Lescano, Gewissensfreiheit in der Bundeswehr. Berufung auf die Völkerrechtswidrigkeit des Irakkrieges als Ungehorsamsgrund?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 25:1 (2006), S. 171 ff.; cf. Nikolaus Schultz, Case Note – Was the war on Iraq Illegal? – The Judgment of the German Federal Administrative Court of 21st June 2005, 7 German Law Journal 2006, S. 25 ff.

⁹² Das „Project on International Courts and Tribunals“ identifiziert insgesamt die beeindruckende Zahl von 125 internationalen Institutionen, in denen unabhängige Spruchkörper verfahrensabschließende Rechtsentscheidungen treffen. Das PICT wurde 1997 durch das Center on International Cooperation (CIC), New York University, und die Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD) gegründet. Seit 2002 ist das PICT ein gemeinsames Projekt des CIC und des Centre for International Courts and Tribunals, University College London, siehe: <www.pict-pcti.org>

gerichtshöfe, der ständige Internationale Strafgerichtshof (ISStGH), verschiedene Reparations-Tribunale, speziellen Konventionsorgane sowie Ad-hoc UN-Strafgerichtshöfe wie das Jugoslawientribunal (ICTY)⁹³ und das Ruandatribunal (ICTR)⁹⁴.

Für die Bundesrepublik ist, neben dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg der wichtigste internationale Spruchkörper im Bereich des Sicherheitsrechts. Dem Internationalen Strafgerichtshof fehlt es weiterhin an einer entsprechenden Kompetenz für die Verfolgung des Verbrechens von Angriffskriegen.

a) IGH

Der UN-Gerichtshof ist insbesondere geschaffen worden, um die Einhaltung des universell geltenden und in Art. 2 (4) UN-Charta kodifizierten Gewaltverbotes durch Rechtskontrolle sicherzustellen. So wurde wegen der Kosovo-Intervention gegen die Bundesrepublik Deutschland, wie gegen nahezu alle Koalitionsstaaten, ein Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof durch Serbien Montenegro initiiert.⁹⁵ Der IGH hat seine Zuständigkeit allerdings nicht begründet gesehen.⁹⁶

Hintergrund ist die mangelnde Unterwerfung der Bundesrepublik unter eine obligatorische Gerichtsbarkeit des IGH. Die Bundesrepublik hatte lange Zeit überhaupt keine Unterwerfungserklärung abgegeben. Nach Art. 24 Abs. 3 GG besteht seit Inkrafttreten des Grundgesetzes eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Beitritt zu einer internationalen obligatorischen Schiedsgerichtsbarkeit:

“Zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten wird der Bund Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beitreten.”

⁹³ Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) mit Sitz in Den Haag ist durch Resolution 827 des UNO-Sicherheitsrats vom 25. Mai 1993 eingesetzt worden.

⁹⁴ Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR) geht auf die Resolution 955 des UN-Sicherheitsrates vom 8. November 1994 zurück.

⁹⁵ Generell: Maria Chiara Vitucci, Has Pandora's box been closed? : The decisions on the Legality of Use of Force cases in relation to the status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations, in: Leiden journal of international law 19 (2006), S. 105 ff.

⁹⁶ ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 720 et seq.

Reagierend auf Forderungen nach einer Unterwerfung unter die obligatorische Gerichtsbarkeit des IGH⁹⁷ hat die Bundesrepublik im Mai 2008 schließlich eine solche Erklärung abgegeben und die obligatorische Gerichtsbarkeit des UN-Rechtsprechungsorgans nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut anerkannt. Im hier interessierenden Zusammenhang militärischer Maßnahmen der NATO ist jedoch entscheidend, dass die Bundesrepublik Streitigkeiten von der generellen Unterwerfung ausgenommen hat, welche

„(a) die Verwendung von Streitkräften im Ausland, die Mitwirkung hieran oder die Entscheidung hierüber betreffen, daraus herrühren oder damit in Zusammenhang stehen, oder

(b) die Nutzung des Hoheitsgebietes der Bundesrepublik Deutschland einschließlich des dazugehörenden Luftraumes sowie von deutschen souveränen Rechten und Hoheitsbefugnissen unterliegen den Seegebieten für militärische Zwecke betreffen, daraus herrühren oder damit in Zusammenhang stehen.“⁹⁸

Indem die Bundesrepublik den entscheidenden Hoheitsbereich von der Jurisdiktion des IGH weiterhin von einer jeweiligen Zustimmung im Einzelfall abhängig macht, bleibt der Verfassungsauftrag nach Art. 24 Abs. 3 GG zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten sich einer „allgemeinen, umfassenden, obligatorischen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“ zu unterwerfen in wesentlichen Punkten bis heute unerfüllt.⁹⁹

b) EGMR

Während der IGH nur Rechtsschutz zwischen den Staaten gewährleisten kann, ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die wichtigste internationale Rechtsschutzinstanz für die Wahrung individueller Rechte. Doch der EGMR bleibt bisher seiner Funktion, die Menschenrechte der Einzelnen vor übergreifendem staatlichem Handeln der Vertragsparteien zu schützen, im Bereich des internationalen Sicherheitsrechtes schuldig. So ließ der EGMR zwei Verfahren, die u.a. gegen die Bundesrepublik im Zusammenhang mit militärischen Maßnahmen auf dem Territorium der ehemaligen Republik Jugoslawien stattfanden, jeweils schon an der Zulässigkeit scheitern. In der Ent-

⁹⁷ Siehe: Michael Bothe/Eckart Klein, Bericht einer Studiengruppe zur Anerkennung der Gerichtsbarkeit des IGH gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, ZaöRV 2007, S. 825 ff.; Dieter Deiseroth, Stärkung des Völkerrechts durch Anrufung des Internationalen Gerichtshofs?, Münster 2004.

⁹⁸ BT-Drs. 16/9218 v. 05.05.2008; englische Fassung: UN, C.N.357.2008.TREATIES-1 (Depositary Notification 06/052008), verfügbar unter (20/07/2008): <http://untreaty.un.org/English/CNs/2008/301_400/357E.pdf>.

⁹⁹ Zu diesem Verfassungsauftrag siehe auch: Deiseroth, Ein unerfüllter Verfassungsauftrag. Wann unterwirft sich Deutschland der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs?, in: Müller-Heidelberg u.a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2004, Frankfurt am Main 2004, S. 168 ff.

scheidung *Banković* stellte der Gerichtshof darauf ab, dass allein durch die Luftherrschaft der NATO über Jugoslawien keine „Hoheitsgewalt“ im Sinne des Art. 1 EMRK vorgelegen habe.¹⁰⁰ In einem zweiten Verfahren wies der EGMR die Beschwerden als unzulässig zurück, weil die betreffenden Handlungen der KFOR im Kosovo nicht den Vertragsparteien, sondern allein der UN-Hoheitsgewalt zugerechnet werden könnten.¹⁰¹

c) IStGH

Das Statut des Internationalen Strafgerichtshof wurde bis Ende Oktober 2008 von 108 Staaten, u. a. auch Deutschland ratifiziert. Nach Art. 5 Abs. 1 IStGH-Statut beschränkt sich die Gerichtsbarkeit auf schwerste Verbrechen, wie Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression. Über letzteres Delikt kann der IStGH nach Art 5 Abs. 2 Rom-Statut jedoch erst dann seine Gerichtsbarkeit ausüben, wenn die Vertragsparteien in einem Übereinkommen eine Definition des Tatbestandes aufgestellt haben.¹⁰² Gerade vor dem Hintergrund des Art. 26 GG, welcher den deutschen Gesetzgeber zur einfachgesetzlichen Pönalisierung des Angriffskrieges verpflichtet, könnte das Engagement der Bundesrepublik um eine völkerrechtliche Pönalisierung stärker ausfallen.

6. NATO-MITGLIEDSCHAFT UND ANDERE INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN

a) Immunitätsregelungen in den Truppenstatuten und Genfer Konvention

Hinsichtlich möglicher Pflichtenkollisionen im Bereich vertraglicher Regelungen der NATO-Mitgliedschaft mit anderen völkerrechtlichen Normen ist zunächst die Befreiung von der Strafgerichtsbarkeit des Empfangsstaates, so wie sie in Art. VII des NATO-Truppenstatuts geregelt ist, zu nennen. Danach besitzt der jeweilige Entsendestaat die Gerichtsbarkeit über die Angehörigen der Truppe, der Empfangsstaat besitzt sie gleichfalls, aber nur für die auf seinem Gebiet begangenen Taten. Für diese besteht eine kon-

¹⁰⁰ EGMR, *Banković und andere gegen Belgien und 16 andere Vertragsstaaten*, Nr. 52207/99, Urteil vom 12.12.2001, abgedruckt in: NJW 2003, S. 413 ff.

¹⁰¹ EGMR, *Behrami, Behrami gegen Frankreich* Nr. 714112/01 und *Saramati gegen Frankreich, Deutschland und Norwegen*, Nr. 78166/01, Urteil vom 2.05.2007, abgedruckt in: NVwZ 2008, S. 645 ff.

¹⁰² Siehe zuletzt zum Stand im Rahmen des ICC, siehe den Bericht der Special Working Group on the Crime of Aggression, ICC-ASP/6/20/Add.1 (2008), abrufbar unter (19. 12. 2008) : <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf>; grundsätzlich Skepsis äußert Paulus, *The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis*, *Wayne Law Review* 50 (2004), S. 1 ff.

kurrierende Gerichtsbarkeit. Für Straftaten, die Mitglieder der im Rahmen des NATO-Bündnisses stationierten ausländischen Streitkräfte in dritten Staaten begangen haben, besitzt die Bundesrepublik nach dem NATO-Truppenstatut keine Gerichtsbarkeit.

Im Zusammenhang mit dem bereits genannten Komplex der Aburteilung der Beschuldigten in Abu Ghraib und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass zahlreiche Beschuldigte in der Bundesrepublik stationiert waren, stellte sich die Frage, ob diese Befreiung von der Gerichtsbarkeit eine Verletzung der Pflicht der Bundesrepublik zur Bestrafung von Kriegsverbrechen völkerrechtlich rechtfertigen kann oder ob vielmehr die generelle Vereinbarung einer Pflicht zur Bestrafung nach dem Weltrechtsprinzip bei schweren Verletzungen im Sinne von Art. 130 des Dritten Genfer Abkommens der beschränkt multilateralen Immunitätsvereinbarung vorgeht. Aus der Sicht der Genfer Abkommen kann sich jedenfalls kein Staat auf ein regionales Abkommen berufen, um sich seinen Verpflichtungen nach diesen universell geltenden Abkommen zu entziehen.¹⁰³ Ein Anhaltspunkt zur Lösung dieser möglichen Kollisionsfrage kann der Entscheidung des Jugoslawientribunals (ICTY) im *Furundžija*-Fall entnommen werden, in der das Gericht feststellt:

„Die Tatsache, dass Folter durch eine zwingende Norm des Völkerrechts verboten ist, hat im zwischenstaatlichen Verhältnis andere Auswirkungen als auf der individuellen Ebene. Auf der zwischenstaatlichen Ebene bedeutet es, dass jede legislative, administrative oder judikative Maßnahme, die Folter rechtfertigt, delegitimiert wird. Es wäre absurd zu argumentieren, dass auf der einen Seite aufgrund des ius cogens-Charakters des Folterverbotes, widersprechende Verträge oder Völkergewohnheitsrecht von Beginn an null und nichtig wären und auf der anderen Seite das Prinzip des ius cogens gerade dann wirkungslos wäre, wenn ein Staat nationale Maßnahmen zur Autorisierung bzw. Rechtfertigung von Folter erlässt, oder die Täter durch Amnestiegesetze schützt. Wenn eine solche Situation entsteht, kann den nationalen Maßnahmen (...) keine völkerrechtliche Anerkennung zukommen.“¹⁰⁴

Das Gericht stellt hier auf den besonderen Charakter der verletzten Norm als *ius cogens* ab. Jedenfalls bei Verletzung einer solchen Norm sollen rechtliche Regelungen, die ein Absehen von Verfolgung nach sich ziehen können, nicht greifen. Für das NATO-Truppenstatut bedeutet dies:

¹⁰³ Denis Basak, Abu Ghraib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten des VStGB, HUV-I 2005, S. 85 ff.

¹⁰⁴ ICTY, *Furundžija*, I.L.M. 38 (1999), 349 ff., Ziff. 155.

"If SOFAs are designed to guarantee immunity from prosecution for the most serious international crimes, then they may be deemed invalid as violating jus cogens norms that prohibit war crimes, genocide, and crimes against humanity."¹⁰⁵

Damit ist die mögliche Kollision zwischen dem Vertragsregime des NATO Truppenstatuts (SOFA) und dem der Genfer Abkommen zugunsten des letzteren zu entscheiden. Auch ohne Bezug zu dem in Art. 53 der Wiener Vertragskonvention¹⁰⁶ kodifizierten *ius cogens*-Grundsatz, ist allerdings festzustellen, dass das NATO Truppenstatut (SOFA) den Zweck hat, die Abgrenzungen von Zuständigkeiten zu regeln, die sich aus der Stationierung fremder Truppen auf dem Territorium des Empfangsstaates ergeben. Das NATO-Statut ist dabei insbesondere dann anwendbar, wenn sich die strafrechtlichen Vorwürfe auf Taten beziehen, die auf dem Territorium des Empfangsstaates begangen worden sind.¹⁰⁷ Unabhängig davon geltende Zuständigkeitsregeln werden durch das NATO-Statut nicht berührt. Dies wäre im Hinblick auf das Folterverbot auch deshalb rechtsunwirksam, weil das vertragliche Recht der Truppenstationierung nicht die Wirkung haben kann, die Differenzierungen des Völkergewohnheitsrechtes im Hinblick auf Immunitätsausnahmen zu umgehen.

b) Sonstige internationale Verpflichtungen

Es existieren zahlreiche weitere völkerrechtliche Pflichten, die ggf. mit den Anforderungen aus den NATO-Verträgen in Spannung geraten können.

Vor dem Hintergrund des Irak-Krieges ist das europarechtliche Verbot des Angriffskrieges zu nennen.¹⁰⁸ Fundamentale Menschenrechte sind insbesondere dann tangiert, wenn militärische Infrastruktureinrichtungen auf deutschem Territorium im Rahmen der sog. Rendition-Flights genutzt werden.¹⁰⁹

In diesem Zusammenhang kann bereits ein Unterlassen völkerrechtswidrig sein, sofern deutsche Staatsorgane „wussten oder hätten wissen müssen“,¹¹⁰ dass völkerrechtswidrige Akte begangen werden. Ein weiterer Zurechnungsrahmen ergibt sich insbesondere aus den völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen und kommt auch in der Ent-

¹⁰⁵ Keitner, *Crafting the International Criminal Court: Trials and Tribulations in Article 98(2)*, *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 6 (2001), S. 215 ff. (236-37).

¹⁰⁶ BGBl. 1985 II, 926.

¹⁰⁷ Details bei Birke, *Strafverfolgung nach dem NATO-Truppenstatut*, Baden-Baden 2004, S. 77 ff.

¹⁰⁸ Franz C. Mayer, *Angriffskrieg und europäisches Verfassungsrecht*, AVR 2003, S. 394 ff.

¹⁰⁹ Dick Marty (Europarat), *Secret detentions and illegal transfers of detainees, second report*, 08.07.2007; Auszug aus ECCHR, *CIA- »Extraordinary Rendition« Flights, Torture and Accountability – A European Approach*, 2008.

¹¹⁰ Kommentar der ILC zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12.12.2001), Art. 47, Rdn. 8.

scheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Isayeva v. Russia* zum Ausdruck.¹¹¹

Gerade für Maßnahmen im Rahmen internationaler Organisationen bestehen intensivierte Schutzpflichten. So hat der EGMR in der Entscheidung im Fall *Matthews* Schutzpflichten bei gemeinsamen Maßnahmen mehrerer Staaten statuiert und festgestellt, dass bei einer gemeinsamen Maßnahme gemeinsame völkerrechtliche Verantwortlichkeit erwächst und dabei Großbritannien für eine Konventionsverletzung verantwortlich erklärt.¹¹² Einen weiteren Schritt ist der Gerichtshof im Urteil *Musayev and others v. Russia* gegangen, wo er zunächst die Grundsätze der Beweislastumkehr in Situationen der Informationsasymmetrie stärkte, um sodann ein qualifiziertes Unterlassen mit einer aktiven Völkerrechtsverletzung gleichzusetzen, denn die

*"astonishing ineffectiveness of the prosecuting authorities in this case can only be qualified as acquiescence in the events."*¹¹³

Auch das humanitäre Völkerrecht kann in diesem Zusammenhang Schutzpflichten begründen, aus denen eine gemeinsame Verantwortlichkeit erwachsen kann. Nach dem gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen sind alle Staaten verpflichtet, „das vorliegende Abkommen unter allen Umständen einzuhalten und seine Einhaltung durchzusetzen.“ Diese Pflicht gilt auch, wenn andere Staaten die Genfer Konventionen verletzen.¹¹⁴ Daraus ergeben sich positive Durchsetzungspflichten. Ein Staat, der weiß oder wissen müsste, dass ein anderer Staat das Humanitäre Völkerrecht verletzt oder verletzen wird und der Einfluss nehmen kann, um völkerrechtskonformes Verhalten zu sichern, ist dazu verpflichtet, dies auch zu tun. Ähnlich wie die Genfer Konventionen erfordert auch die Haager Landkriegsordnung nicht nur Sorgfalt bei eigenem Tun, sondern auch beim Unterlassen. Gerade das war bereits die Begründung der deutschen Delegation bei der Einführung des Artikels 3 zum Haager Abkommen auf der Haager Konferenz 1907. In Erläuterung der Bedeutung des Artikels 3 heißt es schon bei Berber:

„Eine Armee ist ein gefährliches Werkzeug, ein Krieg trägt immer die Gefahr in sich, Ordnung und Disziplin außer Acht zu lassen; in einer Art Gefährdung-

¹¹¹ EGMR, *Isayeva v. Russia*, Nr. 57950/00, Urteil vom 24.02.2005, Rdn. 175-177.

¹¹² EGMR, *Matthews v. United Kingdom*, Nr. 24833/94, Urteil vom 18. 02. 1999, Ziff. 31.

¹¹³ EGMR, *Musayev and others v. Russia*, Nr. 57941/00, 58699/00 und 60403/00, Urteil vom 26.09. 2007, § 164.

¹¹⁴ M. Bothe, K. J. Partsch & W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, The Hague/Boston/London, 1982, S. 43; M. Sassòli, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, *International Review of the Red Cross* 846 (2002), S. 401 ff.; L. Condorelli/L. Boisson de Chazournes, *Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests*, *International Review of the Red Cross* 837 (2000), S. 67 ff.; U. Palwankar, *Measures available to States for fulfilling their obligations to ensure respect for international humanitarian law*, *International Review of the Red Cross* 298 (1994), S. 9 ff.

*shaftung wird also dem Staat diese umfassende unmittelbare Haftung auferlegt.*¹¹⁵

Diese Pflichten werden durch die Mitgliedschaft in der NATO zu keinem Zeitpunkt suspendiert. Im Fall der Pflichtenkollision können der NATO-Vertrag und die zu seiner Durchführung ergangenen Abkommen keine Priorität genießen. Genau das ist auch Inhalt der o.g. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, in der das Gericht anlässlich der deutschen Unterstützungsleistungen zum Irakkrieg im Rahmen der NATO festhält:

*„Von diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen wurde die Bundesrepublik Deutschland im Falle des am 20. 3. 2003 begonnenen Kriegs, gegen den gravierende völkerrechtliche Bedenken bestehen, nicht dadurch freigestellt, dass sie Mitglied der NATO war und ist, der auch die Krieg führenden USA und das UK (sowie weitere Mitglieder der Koalition) angehören.“*¹¹⁶

7. FAZIT: RECHTSKONTROLLE INTERNATIONALER SICHERHEITSGEWÄHRLEISTUNG

Die Wehrverfassung der Bundesrepublik hat sich in den letzten sechzig Jahren rasant gewandelt. Die skizzierten legislativen, judikativen und exekutiven Entscheidungsprozesse, die zu diesem Wandel geführt haben, waren jeweils gesellschaftlich hoch umstritten. Diese gesellschaftlichen Prozesse haben sich in einer ganzen Reihe von Rechtsverfahren ihren Weg vor die deutschen und internationalen Gerichte gebahnt. Die Brisanz und die Wirkungsweise des mittlerweile globalisierten „Kampfs ums Recht“ werden gerade an der Materie des Sicherheitsrechtes deutlich.

Wie umstritten der Beitrag der Bundesrepublik zum internationalen Netzwerk der globalen Sicherheitsgewährleistung ist, hat sich auch gerade anlässlich der Proteste zu den Feierlichkeiten zum 60-jährigen Bestehen der NATO gezeigt. In diesen Protesten drückt sich die Besorgnis aus, dass die Internationalisierung der Sicherheitsgewährleistung dazu geführt hat, dass „Koalitionen der Willigen“ die durch Internationale Organisationen bereitgestellten Rechtsformen nutzen und in autolegitimatorischen Rechtsberühmungen das Gewaltverbot aus Art. 2 (4) der UN-Charta einschränken, indem sie entweder auf das Verfahren in Kapitel VII der UN-Charta (Mandatierung von Gewalteinsetzungen durch den Sicherheitsrat) zurückgreifen oder aber die Ausnahmenvorschrift des Art. 51 der UN-Charta (Selbstverteidigung) für nichtmandatierte Einsätze eigenmächtig auslegen. Dabei werden militärische Fragen in systematischer Form demokratischer und

¹¹⁵ F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts II, München/Berlin 1962, S. 98, Hervorhebung durch den Verf.

¹¹⁶ BVerwG, NJW 2006, S. 77 ff. (96).

rechtsstaatlicher Prozesse entzogen, so dass letztlich eine internationalisierte Sicherheitsgewährleistung zu Lasten rechtsstaatlicher und demokratischer Kontrolle ausfällt.

Auch in Deutschland bedeuten die nunmehr durch das Bundesverfassungsgericht eingezogenen Grenzen für die Auslandsentsendung deutscher Militärs nicht, dass man mit der derzeitigen Ausgestaltung der innerstaatlichen Wehrverfassung vollumfänglich zu *-frieden* sein könnte. Insbesondere ist die gerichtliche Kontrolle der Entsendeentscheidungen bislang nur in eigentümlich gebrochener Form möglich: Alle Entscheidungen des BVerfG stellen Entscheidungen in Organstreitverfahren dar, in denen geprüft wird, ob im Verhältnis Exekutive-Legislative Verfassungsverletzungen stattgefunden haben.¹¹⁷ In dieser Konstellation nimmt das BVerfG sich beständig zurück und geht davon aus, dass selbst entsprechende Völkerrechtsverletzungen nicht bereits für sich genommen einen im Organstreitverfahren rügefähigen Verstoß gegen Art. 24 Abs. 2 GG begründen. In der Konstellation des Organstreitverfahrens sei der Verstoß gegen das Gebot der Friedenswahrung nur als verfassungsrechtliche Grenze des Integrationsprogramms eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit bedeutsam. Diese Kontrolle eröffne gerade

*"keine allgemeine Prüfung der Völkerrechtskonformität von militärischen Einsätzen der NATO. Denn es geht im Rahmen des Organstreitverfahrens nicht um eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern allein darum, ob das Handeln der NATO, insbesondere einzelne Einsätze, bereits Anhaltspunkte dafür liefern, dass sich das Bündnis von seinem Gründungsvertrag entfernt, indem es seine friedenswahrende Ausrichtung aufgibt. Nur zur Klärung dieser Frage eröffnet daher Art. 24 Abs. 2 GG eine Kontrolle am Maßstab des Völkerrechts, und nur als Anhaltspunkte für einen derartigen Strukturwandel der NATO sind entsprechende Verletzungen des Völkerrechts im Organstreitverfahren verfassungsrechtlich erheblich."*¹¹⁸

Für eine Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und die Realisierung des rechtspazifistischen Ideals in der Tradition Immanuel Kants ist dies eine unbefriedigende Situation.¹¹⁹ Die Möglichkeit eines abstrakten Normenkontrollverfahrens, in welchem der Parlamentsbeschluss zu einem Bundeswehreinsatz als „Recht“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1

¹¹⁷ So auch die Kritik bei Rahe, Die Tornado-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Zwischen Friedenswahrung und Angriffskrieg, KJ 2007, S. 404 ff.

¹¹⁸ BVerfG, NVwZ 2007, 1039 ff., Rdn. 74.

¹¹⁹ Zu den diesbzgl. Forderungen Eberl/Fischer-Lescano, Grenzen demokratischen Rechts? Die Entsendeentscheidungen zum Irakkrieg in Großbritannien, den USA und Spanien, in: HSFK Reports 8/2005, S. 1 ff.

Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG umfassend überprüft werden könnte,¹²⁰ ist bislang wegen Begrenzung zulässiger Antragsteller ungenutzt geblieben. Denn in diesem Verfahren muss ein Antrag von der Bundes-, einer Landesregierung oder aber mindestens von einem Drittel der Bundestagsmitglieder unterstützt werden.

Neben der Effektivierung des nationalen Gerichtswegs bleibt eine Judizialisierung des Sicherheitsbereiches auf internationaler Ebene weitgehend Desiderat.¹²¹ Gerade die weitere Internationalisierung der Gerichtsfunktion im Feld der Sicherheitspolitik könnte einen zentralen Beitrag zum rechtspolitischen Ziel einer Verrechtlichung der internationalen Beziehungen leisten. Ein signifikanter Fortschritt in Richtung der Etablierung einer Herrschaft des Rechts im Bereich der internationalen Sicherheitsgewährleistung ließe sich vor allem erzielen durch:

- (1) Die Abgabe einer vorbehaltlosen Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut unter die ständige Gerichtsbarkeit des IGH.¹²²
- (2) Eine vertragliche Vereinbarung des Aggressionsdeliktes im Rahmen des IStGH-Statuts.¹²³

Beide bisher unerfüllten Zentralforderungen an die bundesdeutsche Sicherheitspolitik spiegeln sich auch in den verfassungsrechtlichen Handlungsaufträgen des Art. 24 Abs. 3 GG, bzw. Art. 26 GG wieder. Weiterhin fehlt es an einer Definition des Aggressionsdelikts durch die Vertragsparteien des Internationalen Strafgerichtshofs¹²⁴. Auch kann noch nicht von einer umfassenden obligatorischen Unterwerfung der Bundesrepublik unter die Gerichtsbarkeit des IGH die Rede sein, weil diese Streitigkeiten im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr und Unterstützungshandlungen Deutschlands auf dem eigenen deutschem Hoheitsgebiet für militärische Operationen anderer Staaten explizit ausnimmt.¹²⁵

Dass es bislang nicht gelungen ist, die Gerichtsbarkeit des IGH und des IStGH über die zentralen sicherheitsrechtlichen Fragen der Legalität militärischer Maßnahmen zu

¹²⁰ Ausf. Fischer/Fischer-Lescano, Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, KritV 85 (2/2002), S. 113 ff. (140 ff.).

¹²¹ So auch der zutreffende Befund der Erhebung des A2-Projektes (Judizialisierung der internationalen Streitbeilegung) des Bremer Sfb 597 von Bernhard Zangl, Kerstin Blome, Achim Helmedach, Alexander Kocks, Aletta Mondré & Gerald Neubauer, Weltherrschaft des Rechts – Reichweite und Grenzen, 2009, i.E.

¹²² DGVR, Bericht einer Studiengruppe zur Anerkennung der Gerichtsbarkeit des IGH gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, ZaöRV 2007, S. 825 ff.

¹²³ So auch die Forderung bei Bothe, Das Prinzip Hoffnung, SZ vom 4.01.2008, 11.

¹²⁴ Siehe Fn. 102.

¹²⁵ Siehe Fn. 98.

begründen, steht der Konstitutionalisierung des Völkerrechts im Sinne einer strukturellen Kopplung des Militärs und der Exekutive an das Recht entgegen. Der Internationalisierung der Sicherheitspolitik wird darum eine effektive Realisierung der Idee der globalen Herrschaft des Rechts im Bereich der internationalen Sicherheitsgewährleistung noch nachfolgen müssen.

ANNEX: PARLAMENTS BETEILIGUNGSGESETZ¹²⁶

§ 1 Grundsatz

(1) 1Dieses Gesetz regelt Form und Ausmaß der Beteiligung des Bundestages beim Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland. 2Artikel 115a des Grundgesetzes bleibt davon unberührt.

(2) Der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes bedarf der Zustimmung des Bundestages.

§ 2 Begriffsbestimmung

(1) Ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte liegt vor, wenn Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist.

(2) 1Vorbereitende Maßnahmen und Planungen sind kein Einsatz im Sinne dieses Gesetzes. 2Sie bedürfen keiner Zustimmung des Bundestages. 3Gleiches gilt für humanitäre Hilfsdienste und Hilfsleistungen der Streitkräfte, bei denen Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mitgeführt werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Soldatinnen oder Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen werden.

§ 3 Antrag

(1) Die Bundesregierung übersendet dem Bundestag den Antrag auf Zustimmung zum Einsatz der Streitkräfte rechtzeitig vor Beginn des Einsatzes.

(2) Der Antrag der Bundesregierung enthält Angaben insbesondere über

- den Einsatzauftrag,
- das Einsatzgebiet,
- die rechtlichen Grundlagen des Einsatzes,
- die Höchstzahl der einzusetzenden Soldatinnen und Soldaten,
- die Fähigkeiten der einzusetzenden Streitkräfte,
- die geplante Dauer des Einsatzes,
- die voraussichtlichen Kosten und die Finanzierung.

(3) 1Der Bundestag kann dem Antrag zustimmen oder ihn ablehnen. 2Änderungen des Antrags sind nicht zulässig.

§ 4 Vereinfachtes Zustimmungsverfahren

(1) 1Bei Einsätzen von geringer Intensität und Tragweite kann die Zustimmung in einem vereinfachten Verfahren erteilt werden. 2Die Bundesregierung hat begründet darzulegen, aus welchen Gründen der bevorstehende Einsatz von geringer Intensität

¹²⁶ Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland vom 18. März 2005 (BGBl. I S. 775).

und Tragweite ist. 3Die Präsidentin oder der Präsident des Deutschen Bundestages übermittelt den Antrag an die Vorsitzenden der Fraktionen sowie die Vorsitzenden des Auswärtigen Ausschusses und des Verteidigungsausschusses und je einen von jeder in diesen Ausschüssen vertretenen Fraktionen benannten Vertreter (Obleute) und lässt den Antrag als Bundestagsdrucksache an alle Mitglieder des Bundestages verteilen. 4Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn nicht innerhalb von sieben Tagen nach der Verteilung der Drucksache von einer Fraktion oder fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages eine Befassung des Bundestages verlangt wird. 5Wird die Befassung des Bundestages verlangt, entscheidet dieser.

(2) Ein Einsatz ist dann von geringer Intensität und Tragweite, wenn die Zahl der eingesetzten Soldatinnen und Soldaten gering ist, der Einsatz auf Grund der übrigen Begleitumstände erkennbar von geringer Bedeutung ist und es sich nicht um die Beteiligung an einem Krieg handelt.

(3) In der Regel liegt ein Einsatz von geringer Intensität und Tragweite vor, wenn es sich um ein Erkundungskommando handelt, das Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mit sich führt, einzelne Soldatinnen oder Soldaten betroffen sind, die auf Grund von Austauschvereinbarungen Dienst in verbündeten Streitkräften leisten, oder einzelne Soldatinnen oder Soldaten im Rahmen eines Einsatzes der VN, der NATO, der EU oder einer Organisation, die einen VN-Auftrag erfüllt, verwendet werden.

§ 5 Nachträgliche Zustimmung

(1) 1Einsätze bei Gefahr im Verzug, die keinen Aufschub dulden, bedürfen keiner vorherigen Zustimmung des Bundestages. 2Gleiches gilt für Einsätze zur Rettung von Menschen aus besonderen Gefahrenlagen, solange durch die öffentliche Befassung des Bundestages das Leben der zu rettenden Menschen gefährdet würde.

(2) Der Bundestag ist vor Beginn und während des Einsatzes in geeigneter Weise zu unterrichten.

(3) 1Der Antrag auf Zustimmung zum Einsatz ist unverzüglich nachzuholen. 2Lehnt der Bundestag den Antrag ab, ist der Einsatz zu beenden.

§ 6 Unterrichtungspflicht

(1) Die Bundesregierung unterrichtet den Bundestag regelmäßig über den Verlauf der Einsätze und über die Entwicklung im Einsatzgebiet.

(2) In Fällen des § 4 Abs. 1 (Vereinfachtes Zustimmungsverfahren) unterrichtet die Bundesregierung die zuständigen Ausschüsse und die Obleute unverzüglich.

§ 7 Verlängerung von Einsätzen

(1) Das Verfahren nach § 4 findet auch Anwendung auf die Verlängerung von Zustimmungsbeschlüssen ohne inhaltliche Änderung.

(2) 1Beantragt die Bundesregierung die Verlängerung eines Einsatzes, so gilt der Einsatz bis zum Ablauf von zwei Sitzungstagen nach Verteilung des Antrags als Bundestagsdrucksache als genehmigt. 2Wird der Antrag im vereinfachten Verfahren nach § 4 gestellt, so gilt er bis zum Ablauf der in § 4 Abs. 1 Satz 4 bestimmten Frist als genehmigt; wird innerhalb der Frist eine Befassung des Bundestages verlangt, so gilt er bis zum Ablauf der auf das Verlangen auf Befassung folgenden Sitzungswoche als genehmigt. 3Die Geltungsdauer der ursprünglichen Genehmigung bleibt durch die Regelungen der Sätze 1 und 2 unberührt.

§ 8 Rückholrecht

Der Bundestag kann die Zustimmung zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte widerrufen.

§ 9 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Andreas Fischer-Lescano ist Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP) und Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Bremen.

Telefon: +49 421 218-3213

Fax: +49 0421 218-3403

E-Mail: fischer-lescano@zerp.uni-bremen.de

Anschrift: Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Universitätsallee GW1, 28359 Bremen

Steffen Kommer ist seit 2009 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik sowie am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen.

Telefon: +49 0421 218-7862

Anschrift: Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Universitätsallee GW1, 28359 Bremen