

Militärische Routine oder bewaffneter Einsatz?

Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 2003 – »AWACS II«¹

Von Ministerialrat Dr. Christof Gramm, Bonn

I. Der Ausgangspunkt

Der Beschluss betrifft die Frage, ob der Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO in der Türkei der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedürft hätte und damit unter den sogenannten konstitutiven Parlamentsvorbehalt fällt, den das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 den Bestimmungen des Grundgesetzes entnommen hatte². AWACS ist ein – unbewaffnetes – luftgestütztes Warn- und Überwachungssystem zur Früherkennung von Flugzeugen und anderen Flugobjekten sowie gegebenenfalls zur Leitung von Jagdflugzeugen. Die Besatzungen bestehen aus Angehörigen mehrerer NATO-Länder. Etwa ein Drittel der Besatzungsmitglieder sind Soldaten der Bundeswehr. Vier AWACS-Flugzeuge wurden von Geilenkirchen nach Konya in der Türkei verlegt. Seit dem 26. Februar bzw. dem 18. März 2003 werden sie im türkischen Luftraum eingesetzt.

Die Bundesregierung hielt eine Zustimmung des Bundestages nicht für erforderlich, weil der Auftrag der AWACS-Flugzeuge strikt defensiv sei und es sich bei der Luftraumüberwachung in der Türkei um reine Routineflüge handle. Insbesondere leisteten die AWACS-Flugzeuge keinerlei Unterstützung für Einsätze im oder gegen den Irak.

Dagegen vertrat die FDP die Auffassung, dass die Entsendung der AWACS-Flugzeuge ohne die Zustimmung des Bundestages nicht zulässig sei. Es handle sich um eine konkrete militärische Maßnahme im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt und nicht um bloße Routine wie in Friedenszeiten.

Einen Entschließungsantrag der FDP, mit dem die Bundesregierung aufgefordert werden sollte, unverzüglich die konstitutive Zustimmung des Bundestages für die Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Einsätzen über der Türkei zu beantragen, lehnte der Bundestag mit 274 gegen 303 Stimmen bei sechs Enthaltungen ab. Daraufhin beantragte die FDP-Bundestagsfraktion beim Bundesverfassungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit dem die Bundesregierung angewiesen werden sollte, den Deutschen Bundestag unverzüglich um seine Zustimmung zu diesem Einsatz zu bitten.

II. Die Ausführungen zur Folgenabwägung: Sieg der Bundesregierung

Das Bundesverfassungsgericht hat den Antrag der FDP auf der Grundlage einer *Folgenabwägung* abgelehnt.

a) Bei der Folgenabwägung im Rahmen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geht es nicht um eine Analyse der Rechtslage, hier also um die konkrete Reichweite des Parlamentsvorbehalts (Bundeswehr als »Parlamentsheer«³), sondern es werden bei diesem Prozesstyp lediglich die *fiktiven Folgen eines unterschiedlichen Entscheidungsverhaltens des Gerichts im Eilverfahren und in der Hauptsache* gegeneinander gestellt. Das Gericht reflektiert gewissermaßen die potenziellen Schäden für den Fall, dass es sich gemessen an der Entscheidung in der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zunächst »geirrt« hat. Rein logisch gesehen sind dabei stets zwei Konstellationen des Auseinanderfallens denkbar, die sich konkret wie folgt darstellen:

Auf der einen Seite stehen die Nachteile, die für den Bundestag – dessen Rechte die FDP im Wege der Prozessstandschaft wahrnimmt – einträten, wenn die begehrte *einstweilige Anordnung abgelehnt* wird und sich in der Hauptsache (Organstreitverfahren) später herausstellt, dass die unterbliebene Zustimmung des Bundestages den *Parlamentsvorbehalt verletzt*.

Auf der anderen Seite stehen die Nachteile, wenn die *einstweilige Anordnung erlassen* wird, sich aber später in der Hauptsache herausstellt, dass der Einsatz dem *Parlamentsvorbehalt nicht unterlag*.

Das Bundesverfassungsgericht hatte hierbei das Gewicht des konstitutiven Parlamentsvorbehalts gegen die außenpolitische Verantwortung der Exekutive (Bundesregierung) mit ihrem Kernbereich eigener Entscheidungsfreiheit abzuwägen. Beide Güter sind hoch zu bewerten. »Der konstitutive Parlamentsvorbehalt hat ein hohes Gewicht ... Die ungeschmälerete außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung in dem ihr durch die Verfassung zugewiesenen Kompetenzbereich hat auch im gesamtstaatlichen Interesse an der außen- und sicherheitspolitischen Verlässlichkeit Deutschlands bei der Abwägung besonderes Gewicht.«⁴

Als *Ergebnis* der Abwägung stellt das Gericht fest, dass die Rechte des Bundestages hier jedenfalls nicht deutlich überwiegen. Die Abwägung der Positionen bleibe deswegen im Ergebnis offen. Im Hinblick auf diesen Mangel an Eindeutigkeit des Abwägungsergebnisses hat das Gericht den Antrag der FDP abgelehnt.

¹ Beschluss vom 23. März 2003 – 2 BvQ 18/03 –.

² BVerfGE 90, 286, 381 ff.

³ BVerfGE 90, 286, 382.

⁴ Beschluss vom 23. März 2003 – 2 BvQ 18/03 – B.II.3.b)aa) und cc).

b) Diese Abwägung stellt verfassungsrechtsdogmatisch keine Überraschung dar: Das hohe Gewicht des außenpolitischen Handlungsspielraums der Exekutive und der Verlässlichkeit Deutschlands im Bündnis war bereits in der AWACS I-Entscheidung vom 8. April 1993⁵ zum Ausdruck gekommen. Das Gegengewicht des Parlamentsvorbehalts war durch die Leitentscheidung vom 12. Juli 1994⁶ vorgezeichnet.

Abwägungsergebnisse kann man im Vorhinein allerdings nur sehr begrenzt prognostizieren. Bekanntlich fließen in einen solchen Abwägungsprozess unterschiedlichste Wertungen und Vorverständnisse ein, die sich letztlich nur sehr eingeschränkt rationalisieren und juristischer Methodenstrenge unterwerfen lassen. Mit anderen Worten, das konkrete Abwägungsergebnis hätte hier ebenso gut *anders* ausfallen können. Die Bundesregierung konnte sich ihrer Sache deswegen im Vorhinein keineswegs sicher sein⁷. Im Ergebnis hat die Bundesregierung bei der Abwägung zwar einen juristischen Sieg errungen. Eine andere Frage ist es dagegen, ob die Bundesregierung auch in einem eventuellen Hauptsacheverfahren den Sieg davontragen würde.

III. Die Ausführungen zur materiellen Rechtsfrage: Einladung zum Hauptsacheverfahren

a) Im einstweiligen Anordnungsverfahren nimmt das Bundesverfassungsgericht nicht nur eine Abwägung vor, sondern es prüft zunächst auf einer rechtlich vorgelagerten Stufe in *eingeschränktem* Umfang auch die *materielle* Rechtsfrage. Dabei wird keine verfassungsrechtliche Feinprüfung vorgenommen, sondern das Gericht legt einen eher groben Prüfungsmaßstab an und untersucht, ob ein – später einzuleitendes – Hauptsacheverfahren *offensichtlich unbegründet* wäre⁸. Prozessual betrachtet hat diese grobe Negativprüfung die Funktion, das Gericht von überflüssiger Arbeit zu ent-

lasten: Was in der Hauptsache *offensichtlich unbegründet* wäre, bedarf im Eilverfahren keiner vertieften juristischen Anstrengung. Umgekehrt gilt aber auch: Was in der Hauptsache *nicht offensichtlich unbegründet* wäre, wird im Eilverfahren überhaupt nicht materiell geprüft. Das Gericht hat dann in die Abwägung einzusteigen.

b) Genau an diesem Punkt des *Übergangs* von der Sphäre des »Offensichtlichen« (nicht offensichtlich begründet oder unbegründet) zur Abwägung wird der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 2003 juristisch spannend und aufschlussreich. Nachdem das Gericht nämlich festgestellt hat, dass ein Antrag in der Hauptsache nicht offensichtlich unbegründet wäre, weil es um die Beteiligungsrechte des Bundestages an der auswärtigen Gewalt gehe, geht das Gericht nicht ohne Weiteres zur Abwägung über. Es nimmt sich vielmehr die Freiheit, in ungewöhnlich ausführlicher Form zu begründen, *warum* die Hauptsache nicht offensichtlich unbegründet wäre. Das rechtliche Grobraster des »Offensichtlichen« wird auf diese Weise zum prozessualen Einfalltor für komplexe materiellrechtliche Fragen und Überlegungen zur Reichweite des Parlamentsvorbehalts:

»In der gegenwärtigen geopolitischen Lage ist nicht auszuschließen, dass die Verlegung von Teilen des NATO-AWACS-Verbandes, an dem deutsche Soldaten in größerer Zahl beteiligt sind, in die Türkei einen Einsatz darstellt, der die konstitutive Zustimmung des Bundestages erfordert.

3. a) *In einem Hauptsacheverfahren bedarf es der Klärung, wie weit der unmittelbar kraft Verfassung geltende, konstitutive Parlamentsvorbehalt im Wehrverfassungsrecht reicht. Der konstitutive Parlamentsvorbehalt ist in der Begründung auf das historische Bild eines Kriegseintritts zugeschnitten (vgl. BVerfGE 90, 286, 383). Unter den heutigen politischen Bedingungen, in denen Kriege nicht mehr förmlich erklärt werden, steht eine sukzessive Verstrickung in bewaffnete Auseinandersetzungen dem offiziellen Kriegseintritt gleich. Deshalb unterliegt grundsätzlich jeder Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte der konstitutiven parlamentarischen Mitwirkung.*

Im Hauptsacheverfahren ist deshalb der Frage nachzugehen, wann ein »Einsatz bewaffneter Streitkräfte« anzunehmen ist, insbesondere wann deutsche Soldaten »in bewaffnete Unternehmungen einbezogen« sind (vgl. BVerfGE 90, 286, 387 f.). Für den konkreten Fall ist etwa zu klären, ab wann und inwieweit der Einsatz in integrierten NATO-Verbänden zu einem den Parlamentsvorbehalt auslösenden bewaffneten Einsatz wird, wenn diese Verbände den Luftraum eines Bündnismitglieds überwachen, dessen Staatsgebiet unmittelbar an ein kriegsbefangenes Territorium angrenzt, oder wenn sich die Überwachung darüber hinaus auf das Territorium eines an dem bewaffneten Konflikt beteiligten Staates erstreckt. Ferner könnte klärungsbedürftig sein, inwieweit auch eine mittelbare Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen den Parlamentsvorbehalt auslöst.

⁵ BVerfGE 88, 173, 182 ff.

⁶ BVerfGE 90, 286.

⁷ Immerhin gab das Urteil vom 8. April 1993 – BVerfGE 88, 173 – einen gewissen Fingerzeig auf das hier gefundene Abwägungsergebnis: Auch damals hatte das Bundesverfassungsgericht den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung(en) abgelehnt, wenn auch auf der Grundlage einer anderen Güterkollision. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu diesem Zeitpunkt den konstitutiven Parlamentsvorbehalt noch nicht im Grundgesetz »entdeckt«. Mit dem konstitutiven Parlamentsvorbehalt konnte es deswegen noch nicht argumentieren. Stattdessen hat es der außenpolitischen Handlungsfreiheit der Exekutive die »noch offene« Verfassungsrechtsfrage entgegengesetzt, vergl. S. 182 (damals ging es um die Frage, ob die Bundeswehr sich überhaupt an Kampfeinsätzen außerhalb des NATO-Bündnisgebiets ohne Eintritt des Bündnisfalles beteiligen darf) – auch hier mit dem Ergebnis des Vorrangs der Verlässlichkeit Deutschlands im Rahmen der Vereinten Nationen und der NATO.

⁸ »Unzulässige oder offensichtlich unbegründete Anträge können durch einstimmigen Beschluss des Gerichts verworfen werden.« Vergl. § 24 BVerfGG. Da ein entsprechender Antrag in der Hauptsache als Organstreitverfahren wohl *zulässig* wäre, hat das Gericht sich mit dem Prüfpunkt »von vornherein unzulässig« nur kurz aufgehalten und zu erkennen gegeben, dass es keine Zweifel an der Zulässigkeit eines entsprechenden Antrags hätte.

Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, wenn Entwicklungen möglich sind, dass der Bündnispartner, dessen Gebiet zu sichern ist, selbst zu einer kriegführenden Partei wird. Da die tatsächliche Entwicklung – nach dem derzeitigen Erkenntnisstand des Senats, auch nach dem Vortrag der Bundesregierung – nicht bereits eine unmittelbare Einbeziehung in Kampfhandlungen erkennen lässt, ist der Antrag auch nicht offensichtlich begründet.«⁹

Diese Ausführungen sprechen für sich. In der Tendenz sind die Ausführungen parlamentsfreundlich. Sie deuten darauf hin, dass der Parlamentsvorbehalt eher weiter reicht und der außenpolitische Handlungsspielraum der Bundesregierung beim Einsatz von Soldaten dementsprechend eher gering ist. Das Bundesverfassungsgericht gibt mit seinen Fragen und Hinweisen, trotz gelegentlicher Klagen von Richterinnen und Richtern über die Politik, die dazu neigt, Karlsruhe als »Ersatzgesetzgeber« zu missbrauchen, jedenfalls große Entscheidungsfreude in Sachen Parlamentsheer und Parlamentsvorbehalt in einem eventuellen Hauptsacheverfahren zu erkennen.

IV. Der Auftrag an den Gesetzgeber

Seit der verfassungsrechtlichen Entdeckung des Parlamentsvorbehalts im Urteil vom 12. Juli 1994 sind knapp 10 Jahre vergangen. Das Gericht hatte dem Gesetzgeber damals auch nahe gelegt, Verfahren und Intensität bzw. Form und Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkung im Einzelnen gesetzlich zu regeln. Dabei hat es angedeutet, dass Zeitpunkt und Intensität der Kontrolle des Parlaments über die Bundesregierung bei Einsätzen, die keinen Aufschub dulden, bei Einsätzen von erkennbar geringer Bedeutung und bei Einsätzen im Rahmen von vertraglich geregelten Programmen militärischer Integration unterschiedlich intensiv und abgestuft ausgestaltet werden können¹⁰. Zu diesem Gesetz ist es bislang bekanntlich nicht gekommen.

So gibt es noch keine vollständige rechtliche Klarheit darüber, ab wann die Schwelle zur bewaffneten militärischen Unternehmung, die den Parlamentsvorbehalt auslöst, überschritten ist. Das Gericht hatte damals keine abstrakte Formel entwickelt, sondern es hat sich aus nahe liegenden Gründen mit eher kasuistischen Überlegungen begnügt¹¹.

Inzwischen sind die Erfahrungen mit und das rechtliche Fallmaterial an bewaffneten Auslandseinsätzen der Bundeswehr zwar stark gewachsen. Immer wieder gab und gibt es aber neue Grenz- und Zweifelsfälle, ob das Parlament zu beteiligen sei oder nicht. Auch der aktuelle Einsatz der AWACS-Flugzeuge mit deutschen Soldaten in der Türkei stellt solch einen Grenzfall dar. Eindeutig *nicht* dem Parlamentsvorbehalt unterfallen damals und heute lediglich »Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind«¹². Auch die eindeutigen Fälle eines bewaffneten Auslandseinsatzes stellen rechtlich gesehen kein Problem dar.

Zwischen diesen Größen wird es immer wieder neue und unvorhergesehene Situationen geben, die sich der eindeutigen Zuordnung entziehen und die von Fall zu Fall zu entscheiden sind. In dieser Zone wird eine abstrakt-generelle Rechtsformel, die den bewaffneten Einsatz im Ausland abschließend definiert und mit der man alle Zweifelsfälle der Zukunft bereits im Vorhinein lösen kann, alleine kaum weiter helfen. Es ist sehr zweifelhaft, ob eine rechtliche Formel zur rechtlichen Klärung der Einsatzqualität bei neuen Fallgruppen der internationalen Krisenbewältigung, die über Allgemeines hinausginge, gelingen kann. Jedenfalls bliebe eine solche abstrakt-generelle Regelung ihrerseits stets interpretationsbedürftig – mit der Folge, dass der vermeintliche Gewinn einer gesetzlichen Regelung sich auf die Ebene der Interpretation des Gesetzes verlagern würde.

Wo die steuernde Kraft des materiellen Rechts versagt, können allenfalls verfahrensrechtliche Regelungen weiterhelfen. Versucht man, die Ansätze von 1994 und die am 25. März gegebenen Hinweise zusammenzulegen, so wird deutlich, dass das Gericht sehr behutsam mit den Rechten des Parlaments umgeht. Mit aller gebotenen Vorsicht kann man daraus den Rechtsgrundsatz »im Zweifel für den Parlamentsvorbehalt« herauslesen. Weil Kriege nicht mehr förmlich erklärt werden, sondern häufig mehr oder weniger auf schleichendem Wege zustande kommen (»sukzessive Verstrickung«), dürfte das Gericht dazu neigen, auch »mittelbare« Beiträge in einem internationalen bewaffneten Konflikt als ausreichend für das Auslösen des Parlamentsvorbehalts anzusehen¹³. Die uneindeutigen Fälle ließen sich mit dem Grundsatz »im Zweifel für den Parlamentsvorbehalt« wohl am ehesten einer Lösung zuführen, wobei in einer systemkonformen Lösung das Parlament selbst – und nicht die Regierung – über die Frage des Parlamentsvorbehalts zu befinden hätte.

Zur Ausgestaltung des konkreten *Verfahrens* einer gesetzlichen Regelung der Parlamentsbeteiligung lassen sich der Entscheidung vom 25. März 2003 dagegen keine Hinweise entnehmen. Es bedarf jedoch keiner großen prognostischen Fähigkeit um vorherzusehen, dass das Bundesverfassungsgericht in einem eventuellen Hauptsacheverfahren auch in verfahrensmäßiger Hinsicht sehr viel detailliertere Vorgaben für ein Parlamentsbeteiligungsgesetz als im Urteil vom 12. Juli 1994 machen würde. Es bleibt abzuwarten, ob es dazu kommt oder ob der Gesetzgeber selbst die Initiative ergreift.

⁹ Beschluss vom 23. März 2003 – 2 BvQ 18/03 – B.II.2.b) und 3.a).

¹⁰ BVerfGE 90, 286, 389 f.

¹¹ BVerfGE 90, 286, 387 f.

¹² BVerfGE 90, 286, 388.

¹³ Hierauf deuten die Hinweise in BVerfGE 88, 173, 185, wonach nicht nur das fliegende Personal des AWACS-Verbandes, sondern »in gleicher Weise das Bodenpersonal« in die bewertende Betrachtung mit einzubeziehen ist.