



Dr. Dieter Wiefelspütz, MdB, Berlin

## Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt

*Der Beitrag von Dr. Wiefelspütz beschäftigt sich mit der Entwicklung des sogenannten wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts durch das Bundesverfassungsgericht. Zunächst bezieht sich der Verfasser auf die Grundlage für die Wehrverfassung (Art. 24 Abs. 2 GG). Im Anschluss daran setzt er sich mit der Begründung des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung des Parlamentsvorbehalts beim Einsatz der Streitkräfte im Ausland (Urteil des BVerfG vom 12. Juli 1994, BVerfGE 90, 286 ff.) auseinander. Der Autor geht auf die in der Literatur vorgenommene Bewertung der Entscheidung und neue Begründungszusammenhänge in der Wissenschaft ein. Auf Kritik des Verfassers stößt die Herleitung des Parlamentsvorbehalts; das Bundesverfassungsgericht habe in der Entscheidung die Schwelle von der Verfassungsinterpretation zur Verfassungsschöpfung überschritten. Im Ergebnis steht die Forderung, für Auslandseinsätze der Bundeswehr den Parlamentsvorbehalt in das Grundgesetz aufzunehmen.*

S. 230

- HFR 16/2010 S. 1 -

### 1. Einführung

Den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt verdanken wir dem Bundesverfassungsgericht. Er prägt heute die Auslandseinsätze der Bundeswehr. Niemand in Deutschland zweifelt den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt an. Er hat sich in der bundesdeutschen Staatspraxis nachhaltig bewährt. Ja, er eignet sich als Modell für die Parlamentsbeteiligung beim Einsatz der Streitkräfte anderer Staaten. Gleichwohl werfen die Entstehung und Begründung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts, aber auch die parlamentsrechtliche Umsetzung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts weiterhin zahlreiche Fragen auf.

### 2. Das Fundament der Wehrverfassung – Art. 24 Abs. 2 GG und der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt

Das für die internationale Politik der Bundesrepublik Deutschland immer wichtiger werdende wehrverfassungsrechtliche Fundament besteht nicht nur aus den wenigen einschlägigen Normen des Grundgesetzes, sondern auch aus dem überragend wichtigen Streitkräfteurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994.<sup>1</sup> Erst das Bundesverfassungsgericht leistete mit seiner Entscheidung, was an sich Aufgabe der Politik und/oder des Verfassungsgesetzgebers gewesen wäre: Die eindeutige und verbindliche Klärung der zentralen verfassungsrechtlichen Bedingungen der wichtigsten Fälle der Auslandseinsätze der Bundeswehr.<sup>2</sup>

Seither gilt als gesichert, daß die Ermächtigung des Art. 24 Abs. 2 GG den Bund nicht nur zum Eintritt in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit wie VN und NATO und zur Einwilligung in damit verbundene Beschränkungen seiner Hoheitsrechte berechtigt. Art. 24 Abs. 2 GG bietet vielmehr auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die Übernahme der mit der Zugehörigkeit zu einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben und damit auch für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BVerfGE 90, S. 286 ff.

<sup>2</sup> Deppenheuer, in: Maunz/Dürig u. a., Grundgesetz, Art. 87 a Rdnr. 57.

<sup>3</sup> BVerfGE 90, S. 286, Ls. 1.

- 4 Das Bundesverfassungsgericht bescherte dem Deutschen Bundestag aber auch den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und damit eine konstitutive Mitwirkung des Parlaments beim Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland. Die Bundeswehr war urplötzlich – nicht zuletzt zur Überraschung des Parlaments – zum „Parlamentsheer“<sup>4</sup> geworden. Damit war freilich nicht nur die vollständige Einordnung der Streitkräfte in die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland gemeint, sondern auch die konstitutive Beteiligung des Deutschen Bundestages an Entscheidungen über Auslandseinsätze der Streitkräfte. Der Bundestag verfügt seither über einen maßgeblichen Einfluß beim Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland.
- 5 Ungeklärt sind freilich vor allem die staatsrechtliche Zulässigkeit unilateraler Auslandseinsätze der Bundeswehr und die Reichweite der Grundrechtsbindung bei bewaffneten Einsätzen der Streitkräfte im Ausland.<sup>5</sup>
- 6 **3. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1994**

a) Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts

Das Gericht bejaht in dieser überaus bedeutsamen und wirkungsmächtigen, das Grundgesetz kühn interpretierenden Entscheidung die grundgesetzliche Verpflichtung der Bundesregierung, für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte die grundsätzlich vorherige konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen.<sup>6</sup> Die Zustimmung des Bundestages wird damit zur zwingenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Einsatz der Streitkräfte.<sup>7</sup> Während die auswärtige Gewalt von der Verfassung weitgehend dem Kompetenzbereich der Exekutive zugeordnet werde, sähen die grundgesetzlichen Regelungen über die Wehrverfassung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte grundsätzlich eine Beteiligung des Parlaments vor.<sup>8</sup> Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes seien – in den verschiedenen Stufen ihrer Ausformung – stets darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern als „Parlamentsheer“ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen, d. h. dem Parlament einen rechtserheblichen Einfluß auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte zu sichern.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> BVerfGE 90, S. 286 (382). Den an sich nur verfassungshistorisch bedeutsamen Begriff „Parlamentsheer“ führte der am Streitkräfteurteil beteiligte Verfassungsrichter und Staatsrechtslehrer Ernst-Wolfgang Böckenförde in die bundesdeutsche Debatte in Abgrenzung zum „Königsheer“ oder „autonomen Präsidialheer“ ein. Vgl. Böckenförde, Die Eingliederung der Streitkräfte in die demokratisch-parlamentarische Verfassungsordnung und die Vertretung des Bundesverteidigungsministers in der militärischen Befehlsgewalt (Befehls- und Kommandogewalt) in: Stellvertretung im Oberbefehl, Veröffentlichungen der Hochschule für politische Wissenschaften München, 1966, S. 43 (48, 58); ders., Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 153 ff.; ders., in: Böckenförde (Hg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815 – 1914), 2. Aufl., 1981, S. 152: „Das Heer der konstitutionellen Monarchie war Königsheer, nicht Parlamentsheer.“ Kritisch zur Verwendung des Begriffs „Parlamentsheer“: Isensee, Veranstaltung der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen vom 4. Juni 2003, Sten. Prot., Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 – G – 17, S. 10 f. Zum verfassungsgeschichtlichen Hintergrund des Begriffs „Parlamentsheer“ instruktiv die Übersicht bei Paulus, Parlament und Streitkräfteinsatz in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive, Habilitationsschrift, Universität München, Typoskript (noch nicht veröffentlicht), März 2006, S. 31 – 162.

<sup>5</sup> Vgl. Wiefelspütz, DÖV 2010, S. 73 (76 ff.); ders., NZWehr 2008, S. 89 ff. m. w. N.; ders., UBWV 2007, S. 321 ff. m. w. N.

<sup>6</sup> BVerfGE 90, S. 286 (Leitsatz 3 a). Instruktiv zur Rechtslage in anderen Staaten: Born/Hänggi (ed.), The 'Double Democratic Deficit'. Parliamentary Accountability and the Use of Force Under International Auspices, 2004; Krieger, Streitkräfte im demokratischen Verfassungsstaat, Habilitationsschrift, Universität Göttingen, Typoskript, Juni 2004.

<sup>7</sup> Vgl. Baldus, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl., 2005, Art. 87 a Rdnr. 63; Wiefelspütz, Der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte und der konstitutive Parlamentsvorbehalt, 2003, S. 49; Schaefer, Verfassungsrechtliche Grenzen des Parlamentsbeteiligungsgesetzes, 2005, S. 39.

<sup>8</sup> BVerfGE 90, S. 286 (381).

<sup>9</sup> BVerfGE 90, S. 286 (381 f.).

## S. 232

- HFR 16/2010 S. 3 -

## 7 In dem Urteil heißt es:

„Die hiernach in den Vorschriften des Grundgesetzes auf dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 zum Ausdruck kommende Entscheidung für eine umfassende parlamentarische Kontrolle der Streitkräfte läßt ein der Wehrverfassung zugrundeliegendes Prinzip erkennen, nach dem der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt.“<sup>10</sup>

## 8 Ferner heißt es im Streitkräfteurteil:

„Art. 59 a Abs. 1 GG in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. März 1956 (BGBl. I S. 111) behielt die Feststellung des Verteidigungsfalles einem Beschluß des Bundestages vor. Das bedeutete nach damaliger Auffassung, daß die Streitkräfte nur auf der Grundlage eines Parlamentsbeschlusses eingesetzt werden durften (vgl. Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 174; von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 1964, Art. 59 a Anm. 3; Willms, Parlamentarische Kontrolle und Wehrverfassung, Diss. 1959, S. 160), wobei ein Einsatz im Rahmen der Vereinten Nationen mangels Mitgliedschaft 1956 noch nicht aktuell war.

Art. 59 a GG wurde durch das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I S. 709) - die sogenannte Notstandsverfassung - aufgehoben. Dem liegt jedoch ein Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers zu einer teilweisen Entparlamentarisierung des Streitkräfteeinsatzes nicht zugrunde. Vielmehr schien - wie 1956 - auch 1968 ein militärischer Einsatz der Streitkräfte außerhalb der im übrigen geregelten Einsatzfälle, insbesondere des Art. 115 a Abs. 1 GG, zwar rechtlich möglich, angesichts der damaligen Weltlage jedoch nur von theoretischer Bedeutung und deshalb hinsichtlich der parlamentarischen Mitwirkung nicht regelungsbedürftig ... Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat mithin trotz der Aufhebung des Art. 59 a GG den Parlamentsvorbehalt für alle damals als möglich angesehenen Einsatzfälle aufrechterhalten. Wenn nunmehr nach dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu den Vereinten Nationen und in einer veränderten weltpolitischen Lage auch weitere Fälle des Einsatzes deutscher Streitkräfte in Betracht kommen, so ist ein Parlamentsvorbehalt für diese Fälle im Grundgesetz lediglich nicht mehr ausdrücklich bestimmt; der Sache nach sollte er nicht entfallen.“<sup>11</sup>

## S. 233

- HFR 16/2010 S. 4 -

- 9 Soweit allerdings Bundestag und Bundesrat bereits gemäß Art. 115 a GG den Verteidigungsfall festgestellt haben, schließt diese Entscheidung die Zustimmung des Parlaments zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte ein.<sup>12</sup>
- 10 Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet danach beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt zwischen den „geregelten Einzelfälle(n) insbesondere des Art. 115 a Abs. 1 GG“<sup>13</sup> und solchen, die im Grundgesetz „nicht mehr ausdrücklich bestimmt“<sup>14</sup> sind.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> BVerfGE 90, S. 286 (387).

<sup>11</sup> BVerfGE 90, S. 286 (382 f.).

<sup>12</sup> BVerfGE 90, S. 286 (387); kritisch dazu jetzt Schaefer (Fn. 7), S. 124 ff.: „Blankoscheck zum Einsatz der Streitkräfte“. Vgl. auch bereits früher Thomsen, Der Parlamentsvorbehalt für den Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung, Diss., Universität Bonn, 1988, S. 73.

<sup>13</sup> BVerfGE 90, S. 286 (382); vgl. dazu kritisch Ipsen, in: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, hg. von Hermann Butzer / Markus Kaltenborn / Wolfgang Meyer, 2008, S. 125 (135).

<sup>14</sup> BVerfGE 90, S. 286 (383).

- 11 Nicht der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf die Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind.<sup>16</sup>
- 12 Freilich wird das „Parlamentsheer“ nicht vom Parlament geführt. Das Bundesverfassungsgericht betonte:

„Der Zustimmungsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte verleiht dem Bundestag keine Initiativbefugnis (vgl. BVerfGE 68, 1 [86]); der Bundestag kann lediglich einem von der Bundesregierung beabsichtigten Einsatz seine Zustimmung versagen oder ihn, wenn er ausnahmsweise ohne seine Zustimmung schon begonnen hat ..., unterbinden, nicht aber die Regierung zu solch einem Einsatz der Streitkräfte verpflichten.“<sup>17</sup>

- 13 b) Bewertung

Die „Erfindung“<sup>18</sup> des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts war ein verfassungs-politischer Geniestreich des Bundesverfassungsgerichts.<sup>19</sup> Daß der Einsatz kämpfender oder doch kampfbereiter Soldaten der doppelten Legitimation durch Entscheidungen von Bundesregierung *und* Bundestag bedarf, hat den Zugang der Bundesrepublik Deutschland zu solch schwierigen Entscheidungen nicht nur erleichtert, sondern wohl erst ermöglicht.<sup>20</sup> Das Prinzip des doppelten Schlüssels,<sup>21</sup> das Erfordernis der grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages<sup>22</sup> und die von Regierung und Parlament gemeinsam zu tragende Verantwortung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte haben die deutsche Politik in die Lage versetzt, die historisch bedingte nachhaltige Unsicherheit, ja Verstörung im Umgang mit der bewaffneten Macht der Streitkräfte Schritt für Schritt zu überwinden, ohne dabei die Anwendung von militärischer Gewalt zu verharmlosen oder gar zur Routine werden zu lassen.<sup>23</sup> Erst das Gericht gab der Bundesregierung und dem Bundestag den „außenpolitischen Handlungsspielraum zurück, den sie sich durch eine verengte verfassungsrechtliche Argumentation verstellte“<sup>24</sup> hatten, allerdings – bezogen auf die Bundesregierung – um

<sup>15</sup> Kritisch Schaefer (Fn. 7), S. 119 ff., nach dessen Auffassung (S. 127 f.) die Funktion des Art. 115 a Abs. 1 GG nur nach innen gerichtet sei und deshalb keine Regelungswirkung hinsichtlich des auswärtigen Streitkräfteeinsatzes habe.

<sup>16</sup> BVerfGE 90, S. 286 (388); vgl. jetzt erneut BVerfGE 121, S. 135 (155) = NJW 2008, S. 2018 (2020).

<sup>17</sup> BVerfGE 90, S. 286 (389); kritisch Kretschmer, in: Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Hopfau, Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, Art. 45 a Rdnr. 16.

<sup>18</sup> Vgl. auch Stein, GYIL 46 (2003), S. 64 (81); Klein, in: Andreas Fischer-Lescano / Hans-Peter Gasser / Thilo Marauhn / Natalino Ronzitti (Hg.), Frieden in Freiheit, Peace in liberty, Paix en liberté. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag, 2008, S. 157 (173); Beck, Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte. Materiell-rechtliche Bindungen aus Völkerrecht und Grundgesetz, insbesondere zum Schutz des Lebens, 2008 (zugleich: Diss., Universität Mannheim, 2007), S. 36, schreibt vom Bundesverfassungsgericht als „policy-maker“.

<sup>19</sup> Wiefelspütz, Das Parlamentsheer, 2005, S. 198; ders., AöR 132 (2007), S. 44 (90); Depenheuer, FAZ vom 26. Februar 2009; Dreist, in: Entschieden für Frieden – 50 Jahre Bundeswehr 1955 bis 2005, hgg. von Klaus-Jürgen Bremm, Hans Mack und Martin Rink, 2005, S. 507 (511); ders., BWV 2005, S. 29 (34), spricht von einer „verfassungsrichterlichen Neuschöpfung“; Gramm, NZWehr 2005, S. 133 (137), von einer „kreativen Verfassungsauslegung“, Baldus (Fn. 7), Art. 87 a Rdnr. 59, von einer „verfassungsgerichtlichen Rechtschöpfung“, und Hillgruber, JZ 2007, S. 209 (210), von einer „bahnbrechenden Entscheidung“. Beck (Fn. 18), S. 35: „interessengerechte, wenn auch nicht verfassungsrechtlich zwingende Richtungsweisung“; Badura, ZSE 2007, S. 358 (362: „verfassungsändernde Rechtsfortbildung“); Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 143: („dieses verfassungspolitisch ebenso überzeugende wie verfassungsdogmatisch kühne und die Verfassung „ergänzende“ Diktum“); Ipsen (Fn. 13), S. 125 (138): „besondere Sinnhaftigkeit“.

<sup>20</sup> Wiefelspütz (Fn. 19), S. 198; ähnlich Walter, AöR 125 (2000), S. 517 (547); vgl. auch Sester, Der Parlamentsbeschluß, (zugleich: Dissertation, Universität Mannheim, 2007) 2007, S. 223 ff.

<sup>21</sup> Vgl. auch Böckenförde, Die War Powers Resolution als ein mögliches Modell für ein Entsendegesetz/Parlamentsbeteiligungsgesetz, 2004, S. 29; Biermann, ZParl 2004, S. 607 (613); Voss, ZRP 2007, S. 78 (81).

<sup>22</sup> Vgl. auch Schmidt-Radefeldt, in: The ‚Double Democratic Deficit‘, Parliamentary Accountability and the Use of Force Under International Auspices, Edited by Hans Born und Heiner Hänggi, 2004, S. 147 (153).

<sup>23</sup> Dies wird insbesondere von Roellecke, Der Staat 34 (1995), S. 415 (425 f.), verkannt. Wie hier: Röben, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, 2007, S. 307.

<sup>24</sup> Dau, in: Peter Goebel (Hrsg.), Von Kambodscha bis Kosovo, 2000, S. 21; ähnlich Depenheuer, Die politische Meinung Nr. 460, März 2008, S. 15 (17); ders., FAZ vom 26. Februar 2009.

den kompensatorischen „Preis“ der konstitutiven Mitwirkung des Parlaments.<sup>25</sup> Die Auseinandersetzung über die Abgrenzung von „Einsatz“ und „Verwendung“ der Streitkräfte, die jahrelang die Diskussion über die Auslegung des Art. 87 a Abs. 2 GG bestimmt hatte, wurde beiläufig durch das Urteil – jedenfalls für Auslandseinsätze der Bundeswehr – gegenstandslos.<sup>26</sup>

**S. 234**

- HFR 16/2010 S. 5 -

- 14 Vor allem aber schuf das Bundesverfassungsgericht mit dem Streitkräfteurteil Rechtsicherheit und Rechtsfrieden in einer überaus erregt geführten verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Debatte – ein nicht gering zu schätzendes Verdienst des Urteils.<sup>27</sup> Das Urteil stieß im Ergebnis auf breite Akzeptanz. Die dogmatischen Untiefen in der Begründung des Richterspruchs hinderten Bundesregierung und Parlament nicht daran, wie selbstverständlich die Staatspraxis beim Auslandseinsatz der Streitkräfte an dem Urteil auszurichten. Die Verfassungsorgane und die im Bundestag vertretenen Parteien respektieren den Richterspruch uneingeschränkt.<sup>28</sup>
- 15 Eher in den Bereich der Spekulation gehört die Auffassung von Gerd Roellecke, der meint, der außenpolitische Vorteil relativ autonomer Entscheidungen der Verfassungsorgane bestehe darin, offen zu lassen, ob die Bundesregierung genug Rückhalt im Parlament habe.<sup>29</sup> Eine Bundesregierung, die sich der parlamentarischen Unterstützung in einer zentralen Frage der Außen- und Sicherheitspolitik nicht sicher sein kann und deshalb jederzeit mit ihrer Ablösung rechnen muß, soll daraus einen außenpolitischen Vorteil ziehen? Eine solche Annahme hat mit der politischen Wirklichkeit nichts zu tun.
- 16 Verfehlt ist ebenfalls die mehrfach geäußerte Auffassung, der Parlamentsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte solle den Mißbrauch der Streitkräfte verhindern.<sup>30</sup> Um die Gefahr auszuschließen, daß die Bundesrepublik Deutschland durch Alleingänge der Regierung in kriegerische Abenteuer hineingezogen werden könnte, sei in der Verfassung festgelegt, daß über jeden militärischen Einsatz deutscher Streitkräfte der Deutsche Bundestag entscheiden müsse.<sup>31</sup>

**S. 235**

- HFR 16/2010 S. 6 -

- 17 Dem Parlament kommt jedoch bei der Entscheidungsfindung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte gegenüber der Bundesregierung keine höhere oder bessere Vernunft zu. Auch das Parlament kann Fehlentscheidungen treffen oder gar verfassungswidrig handeln. Auslandseinsätze bewaffneter Streitkräfte müssen kraft Verfassung von Bundesregierung *und* Parlament wegen der besonderen Bedeutung und Tragweite der Entscheidung gemeinsam legitimiert werden.
- 18 Ebenso wenig überzeugend ist die Auffassung von Thomas Günther und Michael Wild, wonach der Parlamentsvorbehalt den Mißbrauch der Streitkräfte verhindern helfen soll, indem er als verfassungsrechtliche Hürde den Einsatz an die Zustimmung einer politischen Mehrheit knüpfe und die Entscheidung der parlamentarischen und öffentlichen Diskussion aussetze.<sup>32</sup> Das Bundesverfassungsgericht hebt nämlich mit Recht nicht auf Mißbrauchsgefahren ab, sondern auf eine deutsche wehrverfassungs-

<sup>25</sup> Wiefelspütz, AÖR 132 (2007), S. 44 (91); vgl. auch Kreß, ICLQ 44 (1995), S. 414 (425); Biermann, ZParl 2004, S. 607 (614); Paulus (Fn. 4), S. 231 f.; ders., in: Weingärtner (Hg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2006, S. 81 (84 f.).

<sup>26</sup> Vgl. Dau (Fn. 24), S. 21 (25); Wieland, NZWehr 2006, S. 133 (137).

<sup>27</sup> Scholz, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 – G – 17, S. 3; Biermann, ZParl 2004, S. 607 (614); Paulus (Fn. 4), S. 372.

<sup>28</sup> Vgl. Depenheuer, FAZ vom 26. Februar 2009.

<sup>29</sup> Roellecke, Der Staat 34 (1995), S. 415 (425).

<sup>30</sup> Wild, DÖV 2000, S. 622 (624); Fischer-Lescano, KritV 2000, S. 113 (118); von Bülow, Der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung, 1984, S. 328; Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 172; Schaefer (Fn. 7), S. 193, 206, 231; Sester (Fn. 20), S. 124 ff.

<sup>31</sup> Schaefer (Fn. 7), S. 194, 231.

<sup>32</sup> Günther, in: Wehrhafte Demokratie, Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, hgg. von Markus Thiel, 2003, S. 329 (340); Wild, DÖV 2000, S. 622 (624).

rechtliche Tradition.<sup>33</sup> Entscheidend ist für das Bundesverfassungsgericht, daß die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive überlassen wird, sondern die Streitkräfte als Parlamentsheer in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung eingefügt werden, d. h. dem Parlament ein rechtserheblicher Einfluß auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte gesichert wird.<sup>34</sup>

- 19 Völlig neben der Sache liegt die Ansicht von Martin Sester, wonach der Beschlußvorbehalt für Streitkräfteeinsätze Ausdruck eines gewissen Mißtrauens gegenüber dem Parlament sei, da stillschweigend unterstellt werde, es komme seinen Kontrollbefugnissen gegenüber der Regierung ohne einen entsprechenden Vorbehalt nicht nach.<sup>35</sup> Es geht beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt nicht in erster Linie um parlamentarische Kontrolle. Viel mehr begründet der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt,

„ein wirksames Mitentscheidungsrecht des Deutschen Bundestags in Angelegenheiten der auswärtigen Gewalt. Ohne parlamentarische Zustimmung ist ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte unter dem Grundgesetz grundsätzlich nicht zulässig“.<sup>36</sup>

S. 236

- HFR 16/2010 S. 7 -

#### 20 4. Dogmatische Defizite des Streitkräfteurteils

So politisch klug das Streitkräfteurteil des Bundesverfassungsgerichts sein mag, so fragwürdig ist die Begründung des Urteils.<sup>37</sup> Bis zu diesem Urteil wurde in der staatsrechtlichen Literatur ganz überwiegend die Auffassung vertreten, der Einsatz bewaffneter Streitkräfte sei ausschließlich von der Bundesregierung zu verantworten.<sup>38</sup> Von einem „Parlamentsheer“ war nie die Rede.<sup>39</sup> Die verbindliche Mitwirkung des Bundestages beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte wurde lediglich vereinzelt – mit unterschiedlichen Begründungen – als verfassungsrechtlich geboten angesehen.<sup>40</sup> Es gab zwar auch Stimmen, die unter Berufung auf die Wesentlichkeitstheorie die zwingende Beteiligung des Bundestages als verfassungspolitisch wünschenswert aus-

<sup>33</sup> BVerfGE 90, S. 286 (383 ff.); vgl. auch Kadelbach/Hilmes, Jura 2005, S. 628 (630).

<sup>34</sup> BVerfGE 90, S. 286 (382).

<sup>35</sup> Sester (Fn. 20), S. 226.

<sup>36</sup> BVerfGE 121, S. 135 (154) = NJW 2008, S. 2018 (2019).

<sup>37</sup> Vgl. Calliess, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl., 2006, § 83 Rdnr. 39; Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 143 ff.; Röben (Fn. 23), S. 288 („Irrweg“); Paulus (Fn. 4), S. 235, nennt die Begründung des Gerichts „mutig“.

<sup>38</sup> Blumenwitz, NZWehr 1988, S. 133 (145); Gornig, JZ 1993, S. 123 (127); Mössner, in: Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag am 28. März 1981, herausgegeben von Ingo von Münch, 1981, S. 97 (112, 114); Riedel, Der Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland – verfassungs- und völkerrechtliche Schranken, 1989, S. 257 ff.; Stein, in: Staat und Völkerrechtsordnung: Festschrift für Karl Doehring, hgg. von Kay Hailbronner, 1989, S. 935 (943 f.); Zimmer, Einsätze der Bundeswehr im Rahmen kollektiver Sicherheit: staats- und völkerrechtliche Grundlagen unter Berücksichtigung des BVerfG-Urteils vom 12.07.1994, 1995, S. 142 ff.; Ipsen, JöR N. F. Bd. 21 (1972), S. 1 (25); Riedel, DÖV 1991, S. 305 (309); ders., DÖV 1993, S. 994 (997); ders., NZWehr 1989, S. 45 (48); Kersting, NZWehr 1982, S. 84 (88); von Bülow (Fn. 30), S. 207; Pechstein, Jura 1991, S. 461 (467); Burmester, NZWehr 1993, S. 133 (145); Blumenwitz, in: Dau/Wöhrmann (Hg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 72; Isensee/Randelzhofer, in: Dau/Wöhrmann (Hg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 83, 235; Frowein/Ipsen, in: Dau/Wöhrmann (Hg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 222; vgl. auch die Darstellung bei Schaefer (Fn. 7), S. 57 ff. m. w. N., und die Nachweise bei Schultz, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung, 1998, S. 431 f. Fn. 10 und 11; Günther (Fn. 32), S. 329 (342 f.).

<sup>39</sup> Kritik am Begriff „Parlamentsheer“ bei Roellecke, Der Staat 34 (1995), S. 415 (425); zu den verfassungsgeschichtlichen Hintergründen des Gebots der parlamentarischen Verantwortung für die Streitkräfte instruktiv Wieland, in: Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag, hgg. von Rolf Grawert, Bernhard Schlink, Rainer Wahl, Joachim Wieland, 1995, S. 219 (225 ff.).

<sup>40</sup> Bartke, Verteidigungsauftrag der Bundeswehr, 1991, S. 234; Arndt, DÖV 1992, S. 618 f.; Fuchs, Die Entscheidung über Krieg und Frieden, Friedensordnung und Kriegsrecht nach dem Bonner Grundgesetz, Diss., Universität Bonn, 1981, S. 297; Kriele, ZRP 1994, S. 103 (106); vgl. auch die Darstellung bei Schaefer (Fn. 7), S. 52 ff. m. w. N.

gaben.<sup>41</sup> Den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt hatte indes zuvor niemand im Grundgesetz entdeckt.<sup>42</sup>

- 21 Dogmatisch besonders problematisch ist die tragende Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, die sich auf Art. 59 a Abs. 1 GG a. F. stützt.<sup>43</sup> Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe trotz der Aufhebung des Art. 59 a GG a. F. durch das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I S. 111) den Parlamentsvorbehalt für alle damals als möglich angesehenen Einsatzfälle aufrechterhalten.<sup>44</sup> Diese Begründung überzeugt bereits deshalb nicht, weil Bundestag und Bundesrat die Feststellung des Verteidigungsfalls nach Art. 115 a Abs. 1 GG mit einer Mehrheit von zwei Dritteln treffen muß, während die Entscheidung nach dem aufgehobenen Art. 59 a Abs. 1 Satz 1 GG a. F. mit einfacher Mehrheit und ohne Beteiligung des Bundesrats erfolgte.<sup>45</sup>

**S. 237**

- HFR 16/2010 S. 8 -

- 22 Besonders prägnant ist die Kritik von Georg Nolte:

„It is one thing to accord parliament the classical right to declare war; yet it is quite another to decide that every armed troop deployment outside of NATO must be authorized by the legislature. The fact that the armed forces are subject to stringent parliamentary control (defense committee, Ombudsman, budget law requirements) does not translate into a sufficiently strong legal basis to derive *per analogiam* an approval requirement for every "armed operation"“.<sup>46</sup>

- 23 Eine organschaftliche Zuordnung der Befugnis, über den Einsatz der Streitkräfte zu entscheiden, enthält lediglich Art. 87 a Abs. 4 GG. Wenn aber selbst in einer Bürgerkriegssituation allein die Bundesregierung über den Einsatz der Streitkräfte entscheiden kann, dann folgt daraus, daß sie als Spitze der Exekutive gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 65 GG auch in anderen Fällen des Streitkräfteeinsatzes das entscheidungsbefugte Organ ist.<sup>47</sup>
- 24 Ebenso wenig war bis zum damaligen Zeitpunkt eine entsprechende „deutsche Verfassungstradition“<sup>48</sup> bekannt.<sup>49</sup> Es ist deshalb dem Gericht vorgeworfen worden, es habe das Grundgesetz in Wahrheit nicht ausgelegt, sondern geändert.<sup>50</sup> Rupert Scholz merkte kritisch an, beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt handele es sich „mehr um Verfassungsschöpfung qua Richterrecht als um Verfassungsauslegung“<sup>51</sup>. Andreas L. Paulus urteilt bildhaft: „Das hat eher etwas vom Durchhauen

<sup>41</sup> Vgl. Ipsen, DÖV 1971, S. 583 (588); ders., JöR N. F. Bd. 21 (1972), S. 1 (26); Kersting, NZWehrr 1982, S. 84 (91); Pechstein, Jura 1991, S. 461 (467); Riedel, DÖV 1991, S. 305 (310 f.); Thomsen (Fn. 12), S. 80.

<sup>42</sup> Vgl. Stein/Kröniger, Jura 1995, S. 254 (261).

<sup>43</sup> Zur zeitgenössischen Interpretation des Art. 59 a GG a. F. vgl. Wiefelspütz (Fn. 19), S. 56 f. m. w. N.; Schaefer (Fn. 7), S. 47.

<sup>44</sup> BVerfGE 90, S. 286 (382).

<sup>45</sup> Vgl. Nolte, ZaöRV 54 (1994), S. 652 (674); ders., in: Ku/Jacobson (Hg.), Democratic Accountability and the Use of Force in International Law, 2003, S. 231 (243); Krieger (Fn. 6), S. 314; vgl. aber Paulus (Fn. 4), S. 232 f., 238; Niedzwicki, ThürVBl. 2006, S. 145 (146). Schaefer (Fn. 7), S. 116 ff., 128, 131, unterstützt die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>46</sup> Nolte (Fn. 45), S. 231 (243).

<sup>47</sup> Frowein/Ipsen, in: Dau/Wöhrmann (Hg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 222, 480, 500.

<sup>48</sup> BVerfGE 90, S. 286 (383).

<sup>49</sup> Stein/Kröniger, Jura 1995, S. 254 (262); Niedzwicki, ThürVBl. 2006, S. 145 (146); kritisch auch Paulus, Vortrag auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Wehrrecht und Humanitäres Völkerrecht am 17. November 2005 in Bonn, Typoskript, 2005, S. 1 - 41 (nicht veröffentlicht), S. 16 = ders., in: Gramlich (Hg.), Zwischen Legitimität und Effektivität - zur Rolle des Parlaments im Bereich außenpolitischen Handelns, 2006, S. 53 (65); ders., in: Weingärtner (Hg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2006, S. 81 (83 f.); ders. (Fn. 4), S. 232 ff.

<sup>50</sup> Stein/Kröniger, Jura 1995, S. 254 (262); Roellecke, Der Staat 34 (1995), S. 415 (427); vgl. auch Nolte, ZaöRV 54 (1994), S. 652 (675).

<sup>51</sup> Scholz, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 - G - 17, S. 2 f.; ähnlich Nolte (Fn. 45), S. 231 (237: „ ... the

eines gordischen Knotens als einer Zusammenfassung der verfassungshistorischen und –systematischen Auslegung.“<sup>52</sup> Christian Starck spricht milder von einem „klaren Fall der Rechtsfortbildung“<sup>53</sup>. Otto Depenheuer hingegen meint, nur mittels dieser kühnen verfassungsgerichtlichen Dezision habe das wieder souveräne Deutschland seine verfassungsrechtliche Selbstblockade überwinden können und vom Kostgänger zum Partner militärischer Friedenssicherung werden können.<sup>54</sup> An anderer Stelle schreibt Otto Depenheuer, das Streitkräfteurteil sei „ein verfassungspolitisch ebenso überzeugendes wie verfassungsdogmatisch kühnes und die Verfassung ergänzendes“ Diktum.<sup>55</sup>

- 25 Matthias Niedzwicki betont, das Streitkräfteurteil des Bundesverfassungsgerichts begründe lediglich formalrechtlich für den Bundestag und die Bundesregierung wegen der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG einen Parlamentsvorbehalt. Aus dem Grundgesetz ergebe sich kein Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz der Streitkräfte. Erst mit dem Parlamentsbeteiligungsgesetz werde nicht nur Verfahren und Form einer parlamentarischen Beteiligung geregelt, sondern es werde erst ein materieller Parlamentsvorbehalt begründet; zwar nicht verfassungsrechtlich, sondern einfachgesetzlich.<sup>56</sup>

**S. 238**

- HFR 16/2010 S. 9 -

**26 5. Neue Begründungszusammenhänge in der Literatur**

Es ist in jüngerer Vergangenheit wiederholt versucht worden, einen neuen Begründungszusammenhang für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt herzuleiten.

Verbreitet ist vor allem die Meinung, das Bundesverfassungsgericht habe beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt indirekt auf die Wesentlichkeitstheorie zurückgegriffen.<sup>57</sup>

- 27 Auch Martin Nettesheim und Rainer Vetter verweisen auf die Wesentlichkeitstheorie. Der Auslandseinsatz bewaffneter Streitkräfte sei wegen der großen außenpolitischen Relevanz als so wesentlich anzusehen, daß dafür der Parlamentsvorbehalt greife.<sup>58</sup>
- 28 Ähnlich argumentiert Andreas L. Paulus. Wenn das Bundesverfassungsgericht die konstitutive Parlamentszustimmung von Verfassungen wegen auf den Streitkräfteinsatz übertragen habe, so sei hierbei ein weiterer, vom Bundesverfassungsgericht nicht genannter Grundsatz heranzuziehen: die Wesentlichkeitstheorie, nach der der Gesetzgeber verpflichtet sei, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, wobei für die

---

Constitutional Court ... ventured into the field of judicial lawmaking“.); weniger zuspitzend Zöckler, EJIL 1995, S. 274 (284): „Of course, the Court’s reasoning is delicately balanced on the border line between constitutional interpretation and law-making.“ Vorsichtiger die Kritik von Paulus, Vortrag (Fn. 49), S. 17 = ders., in: Gramlich (Hg.), Zwischen Legitimität und Effektivität – zur Rolle des Parlaments im Bereich außenpolitischen Handelns, 2006, S. 53 (65 f.); ders., in: Weingärtner (Hg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2006, S. 81 (85 f.).

<sup>52</sup> Paulus (Fn. 4), S. 236.

<sup>53</sup> Starck, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, hgg. von Otto Depenheuer, Markus Heintzen, Matthias Jestaedt, Peter Axer, 2007, S. 215 (218).

<sup>54</sup> Depenheuer, in: Staat im Wort (Fn. 53), S. 43 Fn. 2.

<sup>55</sup> Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 143.

<sup>56</sup> Niedzwicki, ThürVBl. 2006, S. 145 (149).

<sup>57</sup> Vgl. Calliess (Fn. 37), § 83 Rdnr. 40; Stern, Diskussionsbeitrag in: VVDStRL 56 (1997), S. 97 (99): „wehrverfassungsrechtliche Wesentlichkeitstheorie“; Streinz, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 59 Rdnr. 27; Kokott, DVBl. 1997, S. 937 (939); dies., in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 87 a Rdnr. 38; Rojahn, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 4./5. Auflage, 2001, Art. 59 Rdnr. 21 a; Hobe, in: Friauf/Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 24 Rdnr. 60; Heun, JZ 1994, S. 1073 (1074); Epping, AöR 124 (1999), S. 423 (448); Nolte (Fn. 45), S. 231 (243 f.); Krieger (Fn. 6), S. 316 ff; Paulus (Fn. 4), S. 239 ff.; ders., in: Weingärtner (Hg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2006, S. 81 (96); ähnlich Wild, in: Menzel (Hg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 547 (549); Röben (Fn. 23), S. 305.

<sup>58</sup> Nettesheim/Vetter, JuS 2004, S. 219 (224); ähnlich Arndt, NJW 1994, S. 2197; ablehnend Wallrabenstein, JA 1998, S. 863 (870).

Wesentlichkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere die darin verbürgten Grundrechte maßgeblich seien. Mit dem (zu begrüßenden) Wegfall des besonderen Gewaltverhältnisses als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen über die ausdrückliche Bestimmung des Art. 17 a GG hinaus, bedürfe das besondere Risiko von Auslandseinsätzen im Sinne der Wesentlichkeitstheorie einer stärkeren, unmittelbaren parlamentarischen Legitimation, weil hierbei die beteiligten Soldaten einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt und damit in ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit berührt seien. Doch sei die Wesentlichkeitstheorie nicht auf den Grundrechtseingriff beschränkt; vielmehr liefere die „Wesentlichkeit“ der generellen Regelung einer Materie einen zusätzlichen Topos für den Parlamentsvorbehalt. Damit komme eine zweite Möglichkeit der Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die Streitkräfteentsendung in Betracht: die „Wesentlichkeit“ des Einsatzes militärischer Macht für die außen- und wehrpolitische Grundrichtung der Bundesrepublik. Demnach stelle der Streitkräfteeinsatz eine so einschneidende Maßnahme dar, daß er von den unmittelbar demokratisch legitimierten und verantwortlichen Parlamentariern getroffen werden sollte und nicht von einzelnen Befehlshabern und auch nicht vom Bundesverteidigungsminister oder der Bundesregierung.<sup>59</sup>

**S. 239**

- HFR 16/2010 S. 10 -

- 29 Dies überzeugt freilich bereits deshalb nicht, weil die vermeintlich große außenpolitische Bedeutung der Einsatzentscheidung nicht grundrechtsrelevant im Sinne der Wesentlichkeitstheorie ist.<sup>60</sup> Einem generellen Parlamentsvorrang ist das Bundesverfassungsgericht mehrfach entschieden entgegengetreten.<sup>61</sup>
- 30 Roman Schmidt-Radefeldt meint, vor dem Hintergrund der Gewaltentrennung stehe eine Abgrenzung der Verantwortung zwischen dem „Ob“ und „Wie“ eines Einsatzes in vollem Einklang mit der Wesentlichkeitstheorie.<sup>62</sup> Das Parlament habe ein Vorrecht hinsichtlich des Einsatzes selbst, während die Exekutive sich eines ausreichenden Ermessensspielraums erfreuen könne, um ihre Fähigkeiten zu gewährleisten, in der internationalen Sphäre zu handeln.<sup>63</sup>
- 31 Roman Schmidt-Radefeldt verkennt jedoch die Funktion des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts. Richtig ist zwar, daß die operative Führung der Streitkräfte funktionsgerecht und organadäquat nicht durch das Parlament erfolgen kann.<sup>64</sup> Über das „Ob“ des Einsatzes entscheiden jedoch Bundesregierung und Deutscher Bundestag, nicht etwa nur das Parlament allein.<sup>65</sup> Die Entscheidung der Bundesregierung über das „Ob“ des Einsatzes bedarf gleichsam der Genehmigung durch das Parlament.

<sup>59</sup> Paulus (Fn. 4), S. 239 ff., 329.

<sup>60</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Gesetzesvorbehalt eine Pflicht des Gesetzgebers ab, das Wesentliche selbst zu regeln. Vgl. BVerfGE 33, S. 303 (346); 83, S. 130 (142, 152). Zur Grundrechtsrelevanz der Wesentlichkeitstheorie vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., 2007, § 101 Rdnr. 41 ff.

<sup>61</sup> BVerfGE 49, S. 89 (125); 98, S. 218 (252). Vgl. auch Huber, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., 2005, § 47 Rdnr. 12; bezüglich des konstitutiven wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts vgl. auch Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 146.

<sup>62</sup> A. A. Rupp, in: Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle, hgg. von Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmuth Schulze-Fielitz, 2004, S. 731 (738).

<sup>63</sup> Schmidt-Radefeldt (Fn. 22), S. 147 (154); ähnlich Hermsdörfer, DVP 2004, S. 183 (184).

<sup>64</sup> Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, S. 375.

<sup>65</sup> Dies ist mißverständlich bei Schultz (Fn. 38), S. 440 f., bei Wild (Fn. 57), S. 547 (549), bei Nolte (Fn. 45), S. 231 (245), und bei Klein, in: Recht im Pluralismus, Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, hgg. von Hans-Detlef Horn in Verbindung mit Peter Häberle, Herbert Schambeck, Klaus Stern, 2003, S. 245 (254): „Vergrößernd läßt sich mithin sagen, daß es dem Bundestag zukommt, über das Ob und Wo eines bewaffneten Einsatzes der Bundeswehr zu entscheiden, während es Sache der Bundesregierung ist, das Wie des Näheren zu bestimmen.“ Unklar auch Pofalla, ZRP 2004, S. 221 (225).

## S. 240

- HFR 16/2010 S. 11 -

- 32 Tobias M. Wagner schreibt, sosehr die Kritik am Mangel einer dogmatisch sauberen Begründung (für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt) berechtigt sein möge, sprächen doch etliche Gesichtspunkte für die Existenz eines Parlamentsvorbehalts. Die erforderliche Legitimation bewaffneter Einsätze durch das Parlament bewirke nicht nur eine politisch wünschenswerte breite Zustimmungsbasis und Rechtssicherheit für die eingesetzten Soldaten, sondern sei überdies demokratisch gut begründbar. Aus dem Umstand, daß die Kompetenz zum Auslandseinsatz der Streitkräfte der auswärtigen Gewalt zuzuweisen sei, könne nicht zwangsläufig geschlossen werden, daß die Bundesregierung alleiniger Entscheidungsträger sei. Obgleich man der Wesentlichkeitstheorie für sich allein genommen keine ausschlaggebende Bedeutung zu messen könne, stütze sie in einer Gesamtschau doch die vom Bundesverfassungsgericht gefundene Lösung. Das schlüssigste Argument des Bundesverfassungsgerichts bleibe Art. 59 a GG a. F., dessen Regelungsinhalt – die für jeden Einsatz erforderliche Parlamentszustimmung – durch die Neuregelung in den Art. 115 a ff. GG nicht geändert werden sollte.<sup>66</sup>
- 33 Es überzeugt nicht, wenn neuerdings als tragender Grund für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt häufig die erhöhte Gefährdung soldatischer Rechtsgüter bei Auslandseinsätzen angeführt wird.<sup>67</sup> Das Bundesverfassungsgericht argumentierte in seinem Streitkräfteurteil *ausschließlich* teleologisch und mit Gründen der Verfassungstradition:<sup>68</sup>
- 34 „Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind - in den verschiedenen Stufen ihrer Ausformung - stets darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern als "Parlamentsheer" in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen, d. h. dem Parlament einen rechtserheblichen Einfluß auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte zu sichern...
- Für den militärischen Einsatz von Streitkräften ist dem Grundgesetz das Prinzip eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts zu entnehmen.
- ... Ein solcher Parlamentsvorbehalt entspricht seit 1918 deutscher Verfassungstradition.“<sup>69</sup>

## S. 241

- HFR 16/2010 S. 12 -

- 35 Auslandseinsätze deutscher Soldaten mögen gefährlich sein. Aber auch Auslandseinsätze von deutschen Polizeibeamten, Diplomaten, Rettungskräften etc. können im Einzelfall besonders gefährlich sein. Gleiches gilt für Inlandseinsätze von Soldaten, Polizeibeamten und anderen Kräften. Gleichwohl gilt der wehrverfassungsrechtliche

<sup>66</sup> Wagner, Parlamentsvorbehalt und Parlamentsbeteiligungsgesetz. Die Beteiligung des Bundestages bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr. Beiträge zum Parlamentsrecht Band 66. 2010 (zugleich: Diss., Universität Heidelberg, 2008), S. 27 ff.

<sup>67</sup> So aber Baldus, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 – G – 32, S. 13; Schmidt-Radefeldt, Parlamentarische Kontrolle, S. 157 f.; Baldus (Fn. 7), Art. 87 a Rdnr. 66; ähnlich Bundesminister Dr. Peter Struck (SPD), Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Protokoll G 9 vom 5. Juni 2003, S. 8; wohl auch Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 147; a. A. Wiefelspütz, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Protokoll G 25 vom 17. Juni 2004, S. 10; Vöneky/Wolfrum, ZaöRV 63 (2003), S. 569 (599); Günther (Fn. 32), S. 329 (344); Paulus, Vortrag (Fn. 49), S. 17 ff. = ders., in: Gramlich (Hg.), Zwischen Legitimität und Effektivität – zur Rolle des Parlaments im Bereich außenpolitischen Handelns, 2006, S. 53 (66 ff.); ders., in: Weingärtner (Hg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2006, S. 81 (86); Wild (Fn. 57), S. 547 (548); kritisch auch Klein, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Protokoll G 25 vom 17. Juni 2004, S. 3.

<sup>68</sup> Wild, DÖV 2000, S. 622 (624); Wiefelspütz, ZParl 38 (2007), S. 3 (9).

<sup>69</sup> BVerfGE 90, S. 286 (381 ff.). Im Somalia-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 89, S. 38 (45), wird ergänzend („Hinzu kommt ...“) auf nicht unerhebliche Gefahren hingewiesen, die den Soldaten bei der Erfüllung des VN-Mandats in Somalia an Leib und Leben drohen.

Parlamentsvorbehalt ausschließlich für den Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland.<sup>70</sup>

- 36 Es ist freilich nicht zu übersehen, daß das Bundesverfassungsgericht neuerdings wieder auf die Gefährlichkeit des Einsatzes bewaffneter Gewalt hinweist. Im AWACS/Türkei-Urteil vom 7. Mai 2008 heißt es:

„Der Einsatz bewaffneter Gewalt bedeutet nicht nur ein erhebliches Risiko für Leben und Gesundheit deutscher Soldaten, sondern er birgt auch ein politisches Eskalations- oder doch Verstrickungspotential ...“<sup>71</sup>

- 37 Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts heißt es:

„Die Bundeswehr ist ein „Parlamentsheer“ (BVerfGE 90, 286 [382]), über dessen Einsatz das Repräsentationsorgan des Volkes zu entscheiden hat (vgl. BVerfGE 90, 286 [383 ff.]). Der Einsatz von Streitkräften ist für individuelle Rechtsgüter der Soldatinnen und Soldaten sowie anderer von militärischen Maßnahmen Betroffener wesentlich und birgt die Gefahr tiefgreifender Verwicklungen in sich.“<sup>72</sup>

- 38 Die Auseinandersetzung um die Herleitung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts ist keineswegs müßig, wenngleich man einwenden könnte, die Verfassungsorgane Bundesregierung und Bundestag seien ohnehin durch § 31 Abs. 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz an das Urteil gebunden<sup>73</sup>, die Staatspraxis werde – jedenfalls bislang – durch das Urteil nicht vor unüberwindbare Probleme gestellt und überzeugende Alternativen in Gestalt von Vorschlägen zur Änderung des Grundgesetzes seien nicht „auf dem Markt“. Eine grundrechtliche Fundierung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts hätte indes, insoweit ist die Argumentation von Manfred Baldus konsequent, nachhaltige Auswirkungen auf die Beantwortung der Frage, wann Soldaten in eine zustimmungsbedürftige bewaffnete Unternehmung einbezogen sind.<sup>74</sup>

## S. 242

- HFR 16/2010 S. 13 -

- 39 Volker Röben prüft und verwirft Art. 115 a GG in erweiterter Auslegung als Ansatz für eine Herleitung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts. Die Entscheidung über Krieg und Frieden liege nach dem Willen des Grundgesetzgebers beim Parlament. Die Verfassung treffe in den Art. 115 a ff. GG nach ihrem Wortlaut eine Regelung für den Sonderfall des Verteidigungsfalls. In der Verfassung sei dagegen nicht die Kompetenzverteilung zwischen Bundesregierung und Bundestag für militärisches Tätigwerden unterhalb der Schwelle der Verteidigung gegen einen Angriff auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland geregelt. Die erweiternde Argumentation zu Art. 115 a ff. GG würde jedoch den Regelungsgehalt dieser Vorschrift überschätzen. Die zentrale Regelung des Grundgesetzes für Einsätze mit militärischer Zwecksetzung sei vielmehr Art. 24 Abs. 2 GG. Die überzeugende verfassungsdogmatische Begründung des Parlamentsvorbehalts müsse ihren Ausgangspunkt darin nehmen, daß die Bundeswehr Teil der verfassungsgebundenen auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland sei. Der Einsatz der Bundeswehr könne sich kraft verfassungspolitischer Entscheidung nur in einem kollektiven Sicherheitssystem vollziehen. Art. 24 Abs. 2 GG begreife die Einordnung des Bundes in ein kollektives Sicherheitssystem als gemeinsame Kompetenz von Regierung und Parlament bei Abschluß, Fortentwicklung und Anwendung des Systems. Erfülle danach ein Regierungshandeln den Tatbestand des Art. 24 Abs. 2 GG, so sei die Mitentscheidungs-zuständigkeit des Parlaments nach Verfassungsrecht gegeben. Das Erfordernis parlamentarischer Zustimmung zu dem Vertrag wie auch zu dessen Vollzug folge dann

<sup>70</sup> Einsätze zur Verteidigung im Inland sind auch zustimmungsbedürftig.

<sup>71</sup> BVerfGE 121, S. 135 (161); vgl. bereits BVerfGE 89, S. 38 (45).

<sup>72</sup> BVerfGE 123, S. 267 (360 f.).

<sup>73</sup> Vgl. Baldus (Fn. 7), Art. 87 a Rdnr. 60; Paulus (Fn. 4), S. 236 f.; Depenheuer (Fn. 2), Art. 87 a Rdnr. 146 a.

<sup>74</sup> Siehe Wiefelspütz (Fn. 19), S. 428 ff.

unmittelbar aus Art. 24 Abs. 2 GG. Die spezifische Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 2 GG sei eben, dass der Bund die Streitkräfte nur im Rahmen eines vertraglich begründeten kollektiven Sicherheitssystems einsetzen können soll. Ein solcher Vertrag könne die Einsatzvoraussetzungen nur sehr allgemein bestimmen. Daher müsse der Bundestag im Einzelfall zustimmen.<sup>75</sup>

- 40 Die Überlegungen von Volker Röben überzeugen nicht. Volker Röben räumt selber ein, daß der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung zulässig ist, wenn die Bundesrepublik Deutschland nicht Mitglied eines Systems kollektiver Sicherheit ist.<sup>76</sup> Wo bleibt die Begründung für den Parlamentsvorbehalt in diesem Fall?

**S. 243**

- HFR 16/2010 S. 14 -

- 41 Knut Ipsen meint in einer luziden Gesamtwürdigung der wehrverfassungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, werden Einsätze deutscher Streitkräfte richtigerweise in ihrer völkerrechtlichen Grundlegung betrachtet, dann würde es vielleicht doch nahe liegen, bei der Begründung des Parlamentsvorbehalts für den Einsatz über eine Analogie zu Art. 59 Abs. 2 GG nachzudenken, denn sowohl die VN-Satzung als auch der Nordatlantikvertrag seien hinsichtlich ihrer völkerrechtlichen Grundlagen für den Streitkräfteeinsatz derartig weit gefaßt, daß die Parlamentsbeteiligung allein durch Zustimmungsgesetz nicht mehr die möglichen schwerwiegenden Folgen eines Streitkräfteeinsatzes für das Staatswesen zu erfassen vermag.<sup>77</sup>

- 42 **6. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt im AWACS/Türkei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2008**

Zunächst hatte sich der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts pauschal auf eine „Gesamtanalogie“ zu den wehrverfassungsrechtlichen Normen des Grundgesetzes und auf die deutsche Verfassungstradition seit 1918 zur Herleitung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts berufen.<sup>78</sup> Es ist aber zu beachten, daß der 2. Senat erstmals im AWACS/ Türkei-Urteil vom 7. Mai 2008<sup>79</sup> dem längst zu Verfassungsgewohnheitsrecht geronnenen wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt eine zumindest ergänzende, wenn nicht sogar tragend-neue Begründung gibt.<sup>80</sup>

- 43 Der Senat zog im AWACS/Türkei-Urteil eine überraschende Verbindungslinie zwischen der Entwicklung eines Systems kollektiver Sicherheit, hier konkret der NATO, mit dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt.

**S. 244**

- HFR 16/2010 S. 15 -

- 44 Das nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 24 Abs. 2 GG ergangene Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag lege das Integrationsprogramm eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit fest. Dieses Integrationsprogramm und die damit einhergehende politische Bindung der Bundesrepublik Deutschland würden von den Gesetzgebungsorganen maßgeblich mitverantwortet. Mit der Zustimmung zu einem Vertragsgesetz bestimmten Bundestag und Bundesrat den Umfang der auf dem Vertrag beruhenden Bindungen und trügen dafür die politische Verantwortung gegenüber dem

<sup>75</sup> Röben (Fn. 23), S. 289 ff.

<sup>76</sup> Röben, ZaöRV 63 (2003), S. 585 (591) und ders. (Fn. 23), S. 256.

<sup>77</sup> Ipsen (Fn. 13), S. 125 (139 f.).

<sup>78</sup> Vgl. BVerfGE 90, S. 286 (387); BVerfGE 121, S. 135 (154) = NJW 2008, S. 2018 (2019).

<sup>79</sup> BVerfGE 121, S. 135 ff. = NJW 2008, S. 2018 ff.; dazu: Sachs, JuS 2008, S. 829 ff.; Schröder, DVBl. 2008, S. 779 f.; Burkiczak, NVwZ 2008, S. 752 ff.; Sohm, NZWehrr 2008, S. 235 ff.; Limpert, Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Aktueller Begriff, Nr. 25/08, 20. Mai 2008; Kokott (Fn. 57), Art. 87 a Rdnr 42 ff.; Epping, in: Epping/Hillgruber (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1. Oktober 2010 (Edition: 8), Art. 87 a Rdnr. 25 ff.; Wolff, JA 2008, S. 831 f.; Aust/Vashakmadze, 9 German Law Journal No. 12 (1 December 2008), S. 2223 ff.; Dreist, NZWehrr 2008, S. 257 ff.; Ladiges, RuP 2009, S. 29 ff.; Scherrer, Das Parlament und sein Heer. Das Parlamentsbeteiligungsgesetz. 2010 (zugleich: Diss., Universität Tübingen, 2008), S. 84 ff., 150 ff., 166 ff.; Wagner (Fn. 66), S. 59 f., 85.

<sup>80</sup> Dieser neue Begründungszusammenhang deutet sich freilich schon in BVerfGE 104, S. 151 (208), an. Vgl. dazu Scherrer (Fn. 79), S. 96 f.

Bürger. Gleichwohl sei die Bundesregierung ermächtigt, den Vertrag in den Formen des Völkerrechts fortzuentwickeln. Dies bedeute zugleich, daß die Anpassung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit an sich wandelnde weltpolitische Rahmenbedingungen und damit einhergehende veränderte Gefährdungslagen innerstaatlich zuerst der Bundesregierung obliege.<sup>81</sup>

- 45 Diese Anpassung vollziehe sich, auch soweit sie die Vertragsgrundlage berühre, regelmäßig ohne aktive Beteiligung des Deutschen Bundestags, solange weder ein Änderungsvertrag vorliege, der nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG eine erneute Zustimmung erfordern würde, noch die Fortentwicklung des Systems das vertragliche Integrationsprogramm verlasse und deshalb ebenfalls nicht ohne erneute Parlamentsbeteiligung erfolgen dürfe. Eine Erstreckung des in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG geregelten parlamentarischen Zustimmungserfordernisses auf innerhalb dieser Grenze verbleibende Vertragsfortbildungsprozesse, wie sie sich gerade im Rahmen der NATO seit der weltpolitischen Wende nach 1989 vollzogen hätten und in zahlreichen politischen Strategiekonzepten festgehalten seien, habe der Senat abgelehnt.<sup>82</sup>
- 46 Jedes System gegenseitiger kollektiver Sicherheit folge 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 nehme teil an der koordinierten Willensbildung etwa im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen oder in den Entscheidungsgremien der NATO. Das Parlament könne von den dort getroffenen Entscheidungen nicht im Nachhinein einseitig abrücken, ohne politischen Schaden im Bündnis und damit für die Bundesrepublik Deutschland zu verursachen. Deshalb sei 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.<sup>83</sup>

**S. 245**

- HFR 16/2010 S. 16 -

- 47 Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte wahre die Rechte des Bundestags gerade auch im Rahmen dieser bündnispolitischen Konstellation. Nicht zuletzt aufgrund der verfassungsrechtlichen Tragweite der Integrationsermächtigung in Art. 24 Abs. 2 GG erlange der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt erhebliches Gewicht: Da sich Auslandseinsätze der Bundeswehr im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit auf diese Bestimmung stützen könnten, seien solche Einsätze unbeschadet der in Art. 24 Abs. 2 GG, Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltenen materiellen Verpflichtung auf das Gebot der Friedenswahrung in unterschiedlichen Konstellationen und über die vor 1994 im verfassungsrechtlichen Schrifttum überwiegend angenommenen Grenzen hinaus verfassungsrechtlich zulässig.<sup>84</sup>
- 48 Die deutsche Mitwirkung an der strategischen Gesamtausrichtung und an der Willensbildung über konkrete Einsätze des Bündnisses liege ganz überwiegend in den Händen der Bundesregierung: Dies widerspreche zwar nicht grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisungen, die im Bereich der auswärtigen Gewalt der Regierung besondere Freiräume öffneten, schon weil dies dem Grundsatz einer organadäquaten Funktionszuweisung entspreche. Die bündnispolitische Gestaltungsfreiheit der Bundesregierung schließe aber nicht die Entscheidung ein, wer innerstaatlich darüber zu befinden habe, ob sich Soldaten der Bundeswehr an einem konkreten Einsatz beteiligen, der im Bündnis beschlossen worden sei. Wegen der politischen Dynamik eines Bündnisystems – so der Senat – sei es umso bedeutsamer, daß die größer gewordene Verantwortung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte in der Hand

<sup>81</sup> BVerfGE 121, S. 135 (158) = NJW 2008, S. 2018 (2020 f.).

<sup>82</sup> BVerfGE 121, S. 135 (158) = NJW 2008, S. 2018 (2021).

<sup>83</sup> BVerfGE 121, S. 135 (159 f.) = NJW 2008, S. 2018 (2021).

<sup>84</sup> BVerfGE 121, S. 135 (160) = NJW 2008, S. 2018 (2021).

des Repräsentationsorgans des Volkes liege. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt stelle insoweit ein wesentliches Korrektiv für die Grenzen der parlamentarischen Verantwortungsübernahme im Bereich der auswärtigen Sicherheitspolitik dar.<sup>85</sup>

- 49 Das Bundesverfassungsgericht bekräftigt jetzt diese Rechtsprechung in seinem Heiligendamm-Beschluß vom 4. Mai 2010.<sup>86</sup>

**S. 246**

- HFR 16/2010 S. 17 -

- 50 Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts überzeugt nicht. Dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt wird ein Sinn beigemessen, den er jedenfalls für den Senat im Jahre 1994 noch nicht hatte. In der Betrachtungsweise des Jahres 2008 ist der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt für das Bundesverfassungsgericht eine dem Parlament zugute kommende Kompensation oder ein Korrektiv für die Dominanz der Bundesregierung bei der Weiterentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit.
- 51 Diese „Sinnstiftung“ des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts ist ebenso eine originäre Erfindung des Bundesverfassungsgerichts wie der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt selbst. Das Bundesverfassungsgericht überschreitet damit seine Aufgabe zur verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. Es handelt gleichsam ultra vires. Das Grundgesetz wird nicht mehr interpretiert, auch nicht weitergebildet, sondern dem im Jahre 1994 „erfundenen“ wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt wird im Jahre 2008 eine neue „frisch-erfundene“ Sinnggebung beigefügt.
- 52 Diese verfassungspolitische Begründung für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt hätte allein dem Verfassungsgesetzgeber zugestanden, nicht aber dem Bundesverfassungsgericht. Dem steht nicht entgegen, daß die Argumentation des Gerichts vernünftig ist. Was vernünftig ist, ist indes noch lange nicht geltendes Verfassungsrecht. Im Grunde wird die Entwicklung der NATO von einem Verteidigungsbündnis aus der Zeit des „Kalten Krieges“ zu einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit mit vielfältigen Aufgaben auch im Bereich der Krisenprävention und Krisenintervention verfassungsrechtlich als Domäne der Bundesregierung überhöht. Als Ausgleich gewährt das Bundesverfassungsgericht dem Parlament den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Das mag alles „passen“, politisch sehr klug sein, jedenfalls klüger als der bislang im Bereich des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts untätig gebliebene Verfassungsgesetzgeber, geltendes Verfassungsrecht ist es nicht. Es handelt sich um nichts anderes als um eine „Überinterpretation“ des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht.

**S. 247**

- HFR 16/2010 S. 18 -

- 53 Es ist freilich einzuräumen, daß der Verfassungsgesetzgeber selber durch sein gesetzgeberisches Unterlassen dem Gericht Raum für seine „ausschweifende“ Argumentation gegeben hat. Es wäre in der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages durchaus Gelegenheit gewesen, den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt durch eine Verfassungsänderung in das Grundgesetz aufzunehmen.<sup>87</sup> Mit der Aufnahme des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts in den Text des Grundgesetzes hätte auch eine Begründung der Verfassungsänderung verbunden werden können, wie sie das Bundesverfassungsgericht „gefunden“ hat. Dazu ist es leider nicht gekommen.

<sup>85</sup> BVerfGE 121, S. 135 (160 f.) = NJW 2008, S. 2018 (2021).

<sup>86</sup> Beschluß des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2010 – 2 BvE 5/07 – Absatz-Nr. 55 ff., zitiert nach der Internetveröffentlichung des Bundesverfassungsgerichts: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20100504\\_2bve000507.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20100504_2bve000507.html). = BeckRS 2010, 50088; dazu Wiefelspütz, NZWehrr 2010, S. 177 ff.; Ladiges, NVwZ 2010, S. 1075 ff.

<sup>87</sup> Vgl. Wiefelspütz, Reform der Wehrverfassung, 2008, S. 106, 121 ff.; ders., ZG 2007, S. 97 (133 f.).

- 54 In der Auseinandersetzung mit dem AWACS/Türkei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2008<sup>88</sup> erwägt Philipp Scherrer in seiner Dissertation einen eigenständigen Begründungsversuch für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „förmliche parlamentarische Beteiligung an der Entscheidung über militärische Einsätze deutscher Streitkräfte“<sup>89</sup> weise, unbeschadet ihrer jeweiligen Begründung, zumindest in der Rechtsfolge eine hohe Affinität zur Wesentlichkeitstheorie auf. Es dränge sich die Frage auf, ob sich die parlamentarische Mitwirkung über eine stärkere Akzentuierung des der Wesentlichkeitslehre inhärenten Demokratieprinzips ableiten lasse.<sup>90</sup> Die parlamentarische Mitwirkung an militärischen Auslandseinsätzen lasse sich auf das Demokratieprinzip stützen.<sup>91</sup>
- 55 Dies ist ein anzuerkennender eigenständiger Begründungsansatz. Es ist aber sehr die Frage, ob der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts zur Begründung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts im AWACS/Türkei-Urteil in Wirklichkeit den Überlegungen Udo Di Fabios zur Gewaltenteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt gefolgt ist.<sup>92</sup> Jedenfalls wird durch den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt ein wesentlicher Teil der auswärtigen Gewalt (teil)parlamentarisiert.

S. 248

- HFR 16/2010 S. 19 -

## 56 7. Resümee

Es ist schließlich hervorzuheben, daß es sich bei dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt um materielles Verfassungsrecht handelt.<sup>93</sup> Das Bundesverfassungsgericht erkannte im Streitkräfteurteil unmißverständlich:

- 57 „Der verfassungsrechtlich geforderte Parlamentsvorbehalt gilt ungeachtet näherer gesetzlicher Ausgestaltung unmittelbar kraft Verfassung.“<sup>94</sup>
- 58 Ein Parlamentsbeteiligungsgesetz, das dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht nahe gelegt wurde,<sup>95</sup> wird somit stets am verfassungsrechtlichen Grundsatz des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts zu messen sein. Freilich handelt es sich beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt um eine offene Verfassungsnorm,<sup>96</sup> deren Konkretisierung nicht nur dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch den anderen Verfassungsorganen,<sup>97</sup> namentlich auch dem Deutschen Bundestag obliegt.<sup>98</sup> Dies ist von besonderer Bedeutung für die im Wege der Abwägung zu bestimmende Grenzlinie zwischen wehrverfassungsrechtlichem Parlamentsvorbehalt für bewaffnete Einsätze der Bundeswehr und dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung.<sup>99</sup>

S. 249

- HFR 16/2010 S. 20 -

- 59 Letztlich sind die dogmatischen Mängel des Streitkräfteurteils nicht zu beheben. Rechtswissenschaftliche Überlegungen sind nämlich prinzipiell ungenügend, weil der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt nicht „gefunden“, sondern „er-

---

<sup>88</sup> BVerfGE 121, S. 135 ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 90, S. 286 (390).

<sup>90</sup> Scherrer (Fn. 79), S. 85.

<sup>91</sup> Scherrer (Fn. 79), S. 103.

<sup>92</sup> Vgl. Di Fabio, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II Verfassungsstaat, 3. Aufl., 2004, § 27 Rdnr. 68 – 73.

<sup>93</sup> Schmidt-Radefeldt (Fn. 22), S. 147 (148); Baldus (Fn. 7), Art. 87 a Rdnr. 61 f.

<sup>94</sup> BVerfGE 90, S. 286 (390).

<sup>95</sup> BVerfGE 90, S. 286 (389).

<sup>96</sup> Klein, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 – G – 31, S. 5.

<sup>97</sup> Vgl. BVerfGE 62, S. 1 (39).

<sup>98</sup> So auch Röben (Fn. 23), S. 292.

<sup>99</sup> Klein, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschußdrucksache 15 – G – 31, S. 5.

funden<sup>100</sup> wurde. Vorzuziehen wäre allemal, der Verfassungsgesetzgeber nähme den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt in das Grundgesetz auf und würde die Änderung des Grundgesetzes angemessen begründen. Eine juristische „Erfindung“, mag sie politisch noch so klug und befriedend sein, läßt sich nicht aus einer auf das Grundgesetz oder die Verfassungsgeschichte bezogenen Dogmatik begründen. Es macht keinen Sinn, eine verfassungsrichterliche „Änderung“ des Grundgesetzes dogmatisch zu überhöhen. Alle „Begründungen“ sind letztlich Konstrukte, um das Nichterklärbare zu erklären und das Nichtbelegbare zu belegen. Helfen kann nur, daß eines Tages im Text des Grundgesetzes steht:

60 **(Auslands)Einsätze der Streitkräfte bedürfen der Zustimmung des Deutschen Bundestages; das Nähere regelt ein Bundesgesetz.**

61 Das wäre dann freilich das Ergebnis einer ordnungsmäßig zustande gekommenen Änderung des Grundgesetzes.<sup>101</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt gilt der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt als Verfassungsgewohnheitsrecht.

*Zitierempfehlung:* Dieter Wiefelspütz, HFR 2010, S. 230 ff.

---

<sup>100</sup> Vgl. Wiefelspütz (Fn. 7), S. 27; ders. (Fn. 19), S. 198; ders., Der Auslandseinsatz der Bundeswehr und das Parlamentsbeteiligungsgesetz, 2008, S. 196; Udo Di Fabio (Fn. 92), § 27 Rdnr. 152 (S. 647), beharrt darauf, daß der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt nicht „erfunden“, sondern (in Weiterentwicklung der Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages im Bereich des Wehrverfassungsrechts) „gefunden“ wurde.

<sup>101</sup> Vgl. Wiefelspütz, ZG 2007, S. 97 (131 ff.).