

# Deutschland und das Gewaltverbot

Michael Bothe

**English title:** Germany and the prohibition of force

**Abstract:** Since the Second World War, the German position relating to the use of military force is on the one hand characterized by a strong adherence to the principle of non-use of force ("never again"). Yet there has also been the recognition of military necessities. This tension is reflected in legal and political discourses over the last seventy years. The German Basic Law of 1949 formulates a sweeping prohibition of acts likely to disturb peaceful relations among peoples. This is not fully reflected in the implementing legislation. Since the early 1990ies, the use of German armed forces abroad has lead to controversies and litigation before the Federal Constitutional Court. The legal arguments put forward by the German government to justify its position in these cases are critically analyzed.

**Keywords:** International law's prohibition of force and constitutional law, arms export, crime of aggression, German participation or non-participation in armed conflicts

**Stichwörter:** Völkerrechtliches Gewaltverbot und Verfassungsrecht, Rüstungsexport, Verbrechen der Aggression, deutsche Beteiligung bzw. Nichtbeteiligung an bewaffneten Konflikten

## 1. Einführung

Das Verhältnis von Politik und Gesellschaft in Deutschland zum Krieg und damit auch zum völkerrechtlichen Gewaltverbot ist durch ein permanentes Spannungsverhältnis zwischen einer pazifistischen Grundströmung und der Anerkennung militärischer Notwendigkeiten gekennzeichnet. Dieses Spannungsverhältnis spiegelt sich wider in der Diskussion und der Anwendung wesentlicher Rechtsnormen. Der politisch-gesellschaftliche Diskurs zu diesem Spannungsverhältnis ist auch ein rechtlicher Diskurs. Element dieses Diskurses ist die Selbstreflektivität: Er sucht eine Vergewisserung, ob und inwieweit das politische und militärische Handeln der Bundesrepublik der völkerrechtlichen Vorgabe des Gewaltverbots entspricht. Die folgenden Zeilen versuchen, die wesentlichen Elemente dieses Diskurses und seine praktisch-politischen Implikationen aufzuzeigen.

## 2. Das Grundgesetz

Dieser Diskurs schlug sich schon in den Verhandlungen zum Grundgesetz und im Grundgesetz (GG) nieder.<sup>1</sup> Eine breite Strömung der Öffentlichkeit war nach dem Zweiten Weltkrieg durch „Nie wieder“ geprägt. Das fand seinen Ausdruck in den ersten süddeutschen Landesverfassungen (Hessen 1946, Baden 1947) und in zahlreichen Eingaben an den Parlamentarischen Rat. Das Ergebnis ist Art. 26 des GG, der verfassungsrechtliche Anker der Selbstreflektivität. Er enthält unterschiedliche rechtliche Elemente:

- ein unmittelbar wirksames verfassungsrechtliches Verbot, nämlich das Verbot von „Handlungen, die geeignet sind ..., das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten“,
- zwei Gesetzgebungsaufträge, nämlich einmal die Bestrafung als friedensstörend verbotener Handlungen (Art. 26 Abs. 1), zum anderen die Kriegswaffenkontrolle als wichtige Ergänzung des Verbots (Art. 26 Abs.2).

Darüber hinaus begründet Art. 26 in Verbindung mit der Präambel und Art. 1 Abs. 2 die Staatszielbestimmung Frieden oder auch das Friedensgebot des Grundgesetzes. Ergänzt wird Art. 26 durch Art. 9 Abs. 2, der Vereinigungen verbietet, deren Zweck oder deren Tätigkeit sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Die Verteidigungsoption ist allerdings berücksichtigt. Die generelle Ächtung des Krieges, wie sie in der hessischen Verfassung von 1946 zu finden ist, wurde nicht in Art. 26 übernommen. Verboten ist nur die Vorbereitung des Angriffskrieges. Dementsprechend zielt die Ergänzung des Grundgesetzes durch eine Wehrverfassung 1956, neugefasst 1968, allein auf die Verteidigung.

Mit dem Verbot des „Angriffskrieges“ greift Art. 26 die Formulierung des Statuts des Internationalen Militärtribunals von Nürnberg<sup>2</sup> auf, wo „war of aggression“ das wesentliche Element des „Verbrechens gegen den Frieden“ ist. Das Gewaltverbot der Satzung der Vereinten Nationen vermeidet die Schwierigkeiten der Definition der Aggression und geht weiter, indem es jegliche zwischenstaatliche (militärische) Gewalt verbietet. Dieses weitere völkerrechtliche Gewaltverbot deckt Art. 26 ab, indem er nicht nur den Angriffskrieg, sondern friedensstörende Handlungen allgemein verbietet. Es ist wohl einhellige Auffassung in der deutschen verfassungsrechtlichen Lehre, dass jegliche Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots unter das Verbot des Art. 26 fällt.<sup>3</sup>

## 3. Art. 26 in der praktischen Anwendung – die Gesetzgebungsaufträge

Entspricht diese Kongruenz von völkerrechtlichem und verfassungsrechtlichem Verbot der deutschen politischen und rechtlichen Praxis? Die Ambivalenz des Verhältnisses des deutschen politischen Systems zum Gewaltverbot spiegelt sich zuerst in der Umsetzung der Gesetzgebungsaufträge, die Art. 26 enthält.

<sup>2</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major Criminals of the European Axis and Charter of the International Military Tribunal, 8.8.1945, Art. 6(a).

<sup>3</sup> M. Bothe, a.a.O., Rdn. 23, m.w.N.

1 Dazu: M. Bothe, Artikel 26, Rdn. 6 ff., in Bonner Kommentar zum Grundgesetz.

### 3.1 Der Gesetzgebungsauftrag „Verbot friedensstörender Handlungen“

Der Gesetzgebungsauftrag des Art. 26 Abs. 1 wurde vom Bundesgesetzgeber mit erheblicher Verspätung 1968 (§§ 80 und 80a Strafgesetzbuch (StGB))<sup>4</sup> und nur halbherzig umgesetzt. Nicht jede nach Art. 26 verbotene friedensstörende Handlung wird unter Strafe gestellt, sondern nur die Vorbereitung eines Angriffskrieges, und auch die nur, wenn Deutschland an diesem Krieg beteiligt sein könnte. Im Hinblick auf die ungeklärte völkerrechtliche Debatte über die Definition der Aggression wird wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots eine Einschränkung des Straftatbestandes für erforderlich gehalten,<sup>5</sup> eine ziemlich unsinnige Begründung, denn die Strafnorm verwendet ja eben den angeblich unklaren Begriff des Angriffskrieges. Zur Begründung der Beschränkung auf Krieg mit deutscher Beteiligung wird geltend gemacht, dass es nicht Aufgabe deutscher Gerichte sein könne, eine Art internationale Strafgerichtsbarkeit auszuüben – ein Argument, das weiter eine Rolle spielt.<sup>6</sup>

Im Jahre 2010 wurde in das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) mit Art. 8 bis eine Definition der Aggression eingefügt, die der Bundesgesetzgeber umsetzen wollte, wie das schon zuvor hinsichtlich der übrigen Straftatbestände des Statuts durch das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) geschehen war. In das VStGB wurde ein neuer § 13 eingefügt,<sup>7</sup> dessen Absatz 1 lautet:

„Wer einen Angriffskrieg führt oder eine sonstige Angriffs-handlung begeht, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“

Diese Bestimmung ist nunmehr die von Art. 26 Abs. 1 GG geforderte Strafnorm. § 80 StGB wurde gestrichen. Strafbar ist nunmehr nicht nur die Vorbereitung, sondern auch das Führen eines Angriffskrieges. Wesentliche Neuerung ist eine Definition der Aggression, die im Wesentlichen aus dem IStGH-Statut übernommen wird und die deren Einschränkungen aufnimmt<sup>8</sup> und somit noch weiter hinter dem verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag zurückbleibt. Es handelt sich ausschließlich um ein Verbrechen der Staatsleitung. Strafbar ist es nur, wenn die Tat eine „offenkundige“ Verletzung der Satzung der Vereinten Nationen darstellt. Das bedeutet: Nicht alle Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots sind erfasst, sondern nur eindeutige Fälle,<sup>9</sup> was immer das heißen mag. Die Vertragsformulierung ist das Ergebnis einer Verhandlung, in der eine Reihe wichtiger Staaten eine Definition durchsetzten, die Militärinterventionen ausschloss, deren Rechtmäßigkeit bezweifelt werden konnte, die aber im Bereich möglicher militärischer Optionen lagen. Die Definition sollte nicht militärische Planungen von vornherein mit dem Stigma der Aggression belasten. Diese

Formulierung kam auch der Bundesregierung entgegen, da auch die Bundesrepublik an militärischen Aktionen beteiligt war, die wie zu zeigen sein wird, rechtlich umstritten waren.<sup>10</sup> Im Hinblick auf mögliche außenpolitische Schwierigkeiten wird auch das Weltrechtsprinzip, das im Übrigen für die Straftaten nach VStGB gilt, auf das Verbrechen der Aggression nicht angewandt.

### 3.2 Der Gesetzgebungsauftrag „Kriegswaffenkontrolle“

Dieser Gesetzgebungsauftrag wird im Wesentlichen durch das Kriegswaffenkontrollgesetz erfüllt, dessen erste Fassung bereits 1961 erlassen wurde.<sup>11</sup> Kriegswaffen werden durch eine Liste, die durch Rechtsverordnung angepasst werden kann, definiert. Für bestimmte völkerrechtlich verbotene Waffen (Atomwaffen, Chemiewaffen, biologische Waffen, Antipersonenminen, Streumunition) gelten besondere Vorschriften. Für Herstellung, Erwerb und Vertrieb von Kriegswaffen besteht ein Genehmigungserfordernis. Der Verfassungsauftrag wird dadurch abgesichert, dass die Versagung dann obligatorisch ist, wenn die Gefahr besteht, dass die Waffen bei einer friedensstörenden Handlung, insbesondere bei einem Angriffskrieg benutzt werden (§ 6 Kriegswaffenkontrollgesetz). Im Übrigen steht die Erteilung praktisch im politischen Ermessen der Bundesregierung.<sup>12</sup> Die Ausübung des Ermessens wird durch „Politische Grundsätze für den Export“ geregelt, die in der Tat friedenspolitische und menschenrechtliche Ziele verfolgen sowie die Einhaltung des humanitären Völkerrechts zu sichern suchen. Dennoch ist die Liste der Empfängerländer deutscher Rüstungsexporte unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von Frieden und Menschenrechten im Bestimmungsland mitunter Gegenstand einer durchaus plausiblen Kritik.<sup>13</sup>

## 4. Art. 26 in der gerichtlichen Praxis

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, Art. 26 in Gerichtsverfahren als Waffe in einem politischen Kampf gegen eine Politik einzusetzen, die von Klägern oder Beschwerdeführern als militaristisch oder friedensgefährdend bekämpft wurde. Aber nicht nur die gesetzgeberische Umsetzung des Art. 26, auch die gerichtliche Durchsetzung war zögerlich. In einer Reihe von Fällen, in denen sich Beschwerdeführer oder Kläger auf Art. 26 stützten, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dieses Argument zurückgewiesen oder einfach nicht beachtet: Nachrüstung,<sup>14</sup> Lagerung von C-Waffen,<sup>15</sup> Uniformverbot bei Demonstrationen.<sup>16</sup> Ähnliches gilt für einige Fälle vor einfachen Gerichten, z.B. Art. 26 als Rechtfertigung für einen Steuerboykott.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Dazu sogleich Abschnitt 6.

<sup>11</sup> Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) v. 24.04.1961, neugefasst durch Bekanntmachung v. 22.11.1990, BGBl. 1990 I, S. 2506.

<sup>12</sup> § 6 KrWKG: „Auf Erteilung einer Genehmigung besteht kein Anspruch“.

<sup>13</sup> Einzelheiten dazu in dem Beitrag von Jan Grebe in diesem Heft.

<sup>14</sup> BVerfGE 68, 1, 89 ff., 102 f.

<sup>15</sup> BVerfGE 77, 170, 232 f.

<sup>16</sup> BVerfGE 57, 29.

<sup>17</sup> Finanzgericht Köln, NJW 1985, 3040.

Im Bereich des Strafrechts hat der Generalbundesanwalt verschiedene Strafanzeichen gegen Mitglieder der Bundesregierung nach § 80 StGB, die die deutsche Unterstützung von oder Beteiligung an den noch zu behandelnden Militäraktionen betrafen, nicht zum Anlass genommen, Strafverfahren zu eröffnen (Kosovo, amerikanisch-britische Intervention im Irak).

In einer umgekehrten Stoßrichtung spielt in jüngster Zeit Art. 9 Abs. 2 eine Rolle, wenn ein mit der Hamas zusammenarbeitender Verein verboten wird, da dieser das Existenzrecht Israels verneine und die Verständigung zwischen dem israelischen und dem palästinensischen Volk behindere, sich somit gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte.<sup>18</sup>

## 5. Das Friedensgebot in der Praxis – politische Leitlinien

Den Test praktischer Anwendung hatte das Verbot des Angriffskrieges und das Staatsziel Frieden während der Zeit des Kalten Krieges und der Teilung Deutschlands nicht zu bestehen. Zwar konnte man die Frage aufwerfen, ob einzelne politische Maßnahmen, insbesondere Rüstung, diesem Staatsziel widersprachen.<sup>19</sup> Die Aufgabe der Bundeswehr war rein defensiv definiert.<sup>20</sup> Größere deutsche Militäraktionen standen aber nicht zur Debatte. Das änderte sich mit dem Wandel der weltpolitischen Lage 1990. Das alles dominierende bipolare Spannungsverhältnis zwischen den beiden Supermächten verschwand. Die Nordatlantikpakt-Organisation (NATO) wandelte sich von einem reinen Defensivbündnis mit klarer Feindrichtung zu einem Sicherheitsakteur, der militärisches Krisenmanagement nicht nur im engeren Bündnisbereich betrieb. Dies ist in einer Reihe strategischer Konzepte abzulesen.<sup>21</sup> *Non-Article 5 crisis response operations* wird ein Schlüsselbegriff.<sup>22</sup> Deutschland hatte allerdings darauf bestanden, dass diese „consistent with international law“ durchzuführen seien.

Auch Deutschlands Stellung in der Welt war nach der Wiedervereinigung eine andere. Es stellte sich real die Frage einer deutschen Beteiligung in dieser neuen Bündnisstruktur. Am Beginn dieser neuen Ära steht jedoch ein Dokument, das den Grundgedanken des verfassungsrechtlichen Friedensgebotes auf die internationale Ebene hebt und damit völkerrechtlich verfestigt: der Zwei-plus-vier-Vertrag, dessen Art. 2 Satz 2 lautet:

„Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik bekämpfen ihre Erklärungen, dass von deutschem Boden nur Frieden ausgehen wird. Nach der Verfassung des Vereinten Deutschland sind Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu

18 Bundesverwaltungsgericht, Urteil v. 3.12.2004 (Al Aqsa), 6 A 10.02, NVwZ 2005, 1435; Urteil vom 18.4.2012 (Internationale Humanitäre Hilfsorganisation), 6 A 2.10.

19 Beispiele siehe oben.

20 Vgl. Bundesminister der Verteidigung, Weißbuch 1985. Zur Lage und Entwicklung der Bundeswehr, S. 172 ff.

21 New Strategic Concept, 9.11.1991, [www.nato.int/cps/en/natolive/official\\_texts\\_23847.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_23847.htm); Strategic Concept, 24.4.1999, [www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_27433.htm](http://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_27433.htm); Strategic Concept for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organisation, 19.11.2010, [www.nato.int/lisbon2010/strategic-concept-2010-eng.pdf](http://www.nato.int/lisbon2010/strategic-concept-2010-eng.pdf).

22 Strategic Concept 1999, Ziff. 12.

stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, verfassungswidrig und strafbar. Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik erklären, dass das vereinte Deutschland keine seiner Waffen jemals einsetzen wird, es sei denn in Übereinstimmung mit seiner Verfassung und der Charta der Vereinten Nationen.“

Dieses Bekenntnis zum völkerrechtlichen Gewaltverbot ist die erklärte Leitlinie der Politik der Bundesregierung geblieben. Ob die Praxis dem in jeder Beziehung entsprach, ist eine andere Frage.

## 6. Das Friedensgebot in der Praxis – deutsche Beteiligung oder Nichtbeteiligung an bewaffneten Konflikten

### 6.1 Der zweite Golfkrieg – Irak 1

Nach der Invasion des Irak in Kuwait 1990 stellte sich eine Militärrallianz unter Führung der Vereinigten Staaten diesem militärisch entgegen, was schließlich zur Vertreibung des Irak vom kuwaitischen Staatsgebiet führte. Völkerrechtlich gesehen war dieser Einsatz durch das Recht auf kollektive Selbstverteidigung gedeckt. Darüber hinaus schuf der Sicherheitsrat eine neue Form der Autorisierung militärischer Gewalt, nämlich die an bestimmte oder näher definierte Staaten gerichtete Genehmigung, „alle ihnen zur Verfügung stehende Mittel einzusetzen“,<sup>23</sup> um bestimmte Ziele, hier die Umsetzung des vom Sicherheitsrat definierten Ziels des Rückzugs des Irak aus Kuwait, zu erreichen, was eine zusätzliche Legitimation des Eingreifens bedeutete.

Dennoch rief das amerikanische Eingreifen erhebliche Proteste hervor („Kein Blut für Öl“). Die Bundesregierung betonte die Rechtmäßigkeit der Aktion, erklärte jedoch, aus verfassungsrechtlichen Gründen an der militärischen Teilnahme gehindert zu sein.<sup>24</sup> Sie unterstützte die Aktion auf amerikanische Bitten mit erheblichen Finanzbeiträgen an verschiedene Staaten und auch mit der Lieferung von militärischem Gerät an Israel.<sup>25</sup>

### 6.2 Der Kosovo-Konflikt – ein rechtswidriger Krieg mit deutscher Beteiligung

Im Jahre 1999 entschloss sich die NATO zu einem militärischen Eingreifen im Kosovo. Das erklärte Ziel war, die massiven Menschenrechtsverletzungen durch Serbien im Kosovo zu beenden. Dass dies der einzige oder auch nur entscheidende politische Grund war, wird bezweifelt. Sicher gab es für die

23 Resolution 678 vom 29.11.1990: „to use all necessary means to uphold and implement [the relevant Security Council resolutions] and to restore international peace and security in the area.“

24 G. Schuster, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1990, ZaöRV 1992, 986. Das entsprach der offiziellen Auffassung über verfassungsrechtlich zulässige Auslandseinätze der Bundeswehr, wie sie bis zum einschlägigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.07.1994 (2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93) galt, das Einsätze mit UN-Mandat mit parlamentarischer Zustimmung ohne geografische Beschränkung ermöglicht.

25 T. Marauhn, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1991, ZaöRV 1993, 1078 f.

Aktion stabilitätspolitische Gründe. Die rechtliche Zulässigkeit der Aktion war international und in Deutschland hoch umstritten.<sup>26</sup>

Da Serbien es vermieden hatte, Aktionen in Nachbarstaaten, insbesondere Albanien durchzuführen, kam das Recht auf kollektive Selbstverteidigung zur Rechtfertigung der Aktion nicht in Betracht. Ein Mandat des Sicherheitsrates gab es auch nicht. Die Verurteilung des serbischen Verhaltens<sup>27</sup> reicht für ein solches Mandat nicht aus. Die NATO-Operation war also nur rechtmäßig, wenn man eine weitere Rechtfertigung rechtlich konstruiert. Dieser Versuch wurde denn auch von einer Reihe insbesondere deutscher Autoren unternommen.<sup>28</sup> Angesichts der harschen Reaktion wesentlicher Teile der internationalen Gemeinschaft auf die Kosovo-Intervention der NATO kann man nicht davon ausgehen, dass sich diese Rechtsauffassung durchgesetzt hätte.

Die Bundesregierung hat diesen Pfad der Rechtfertigung auch nicht eingeschlagen. Die offiziellen Stellungnahmen waren einerseits geprägt von einem Verzicht auf rechtliche Stellungnahme. Sie betonten vielmehr die „Notwendigkeit“ des Eingreifens zum Schutz der Menschenrechte der Bewohner des Kosovo:

„Es wäre zynisch und verantwortungslos gewesen, dieser humanitären Katastrophe weiterhin tatenlos zuzusehen.“<sup>29</sup>

Das läuft auf eine fragwürdige Diskrepanz zwischen Recht, das den Eingriff nicht rechtfertigt, und Ethik, die dieses Eingreifen angeblich fordert, hinaus.<sup>30</sup> Die Erklärungen des Außenministers Joschka Fischer waren offenbar geprägt von (rechtlichen und/oder politischen?) Selbstzweifeln. Dieses Eingreifen dürfe „nicht zu einem Präzedenzfall“<sup>31</sup> werden. Offenbar sah sich die Bundesregierung einem politischen Zwang der NATO-Solidarität ausgesetzt, der sie veranlasste, über rechtliche Bedenken hinwegzugehen. Bestrebungen von Oppositionskräften, eine gerichtliche Feststellung der deutschen Beteiligung zu erreichen, blieben erfolglos.<sup>32</sup> Der Generalbundesanwalt lehnte die Eröffnung eines Strafverfahrens nach § 80 StGB mit einer lapidaren Begründung ab.<sup>33</sup>

### 6.3 Afghanistan – deutsche Beteiligung mit UNO-Mandat und darüber hinaus

Der Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan erfolgte in zwei unterschiedlichen Operationen, die allerdings in der Folge miteinander verzahnt wurden.

Zum ersten: Unmittelbar nach den Attentaten des 11.9.2001 bezeichnete der NATO-Rat diese als Angriffe auf alle Bündnispartner, die die Beistandspflicht nach Art. 5 des NATO-Vertrages auslösten. In der Folge intervenierte eine Streitmacht unter Führung der Vereinigten Staaten mit deutscher Beteiligung in Afghanistan (Operation Enduring Freedom, OEF), die alsbald erfolgreich die Taliban-Regierung aus Kabul vertrieb. In der akademischen Debatte ist die Rechtfertigung der OEF als Maßnahme der individuellen bzw. kollektiven Selbstverteidigung nicht unumstritten.<sup>34</sup> Sie hat aber jedenfalls in dem NATO-Beschluss eine solide Basis. Der politische Widerstand gegen die deutsche Beteiligung war allerdings so bedeutend, dass Bundeskanzler Gerhard Schröder einen Beschluss des Bundestages mit Mehrheit der Regierungsparteien nur dadurch erreichte, dass er die Vertrauensfrage stellte. Nach dem Sieg der Operation war der Zweck der Selbstverteidigung allerdings erfüllt. Da die Aktion aber die Zustimmung der neuen, international anerkannten afghanischen Regierung genoss, kann man sie als Intervention auf Einladung rechtfertigen.<sup>35</sup>

Der zweite Einsatz der Bundeswehr erfolgte im Rahmen der durch Mandat des Sicherheitsrats<sup>36</sup> autorisierten, von der NATO geführten Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe (International Security Assistance Force, ISAF), die in der Folge unterschiedliche militärische Aufgaben in Afghanistan wahrnahm. Rechtliche Bedenken gegen diesen Einsatz der Bundeswehr wurden unter dem Gesichtspunkt geltend gemacht, dass damit eine faktische Erweiterung des Aufgabenbereichs der NATO erfolgte, die einer Vertragsänderung bedurfte hätte und damit einem parlamentarischen Zustimmungsverfahren unterworfen gewesen wäre. Dieses Problem hatte schon bei dem Verfassungsstreit über die Auslandseinsätze der Bundeswehr zu Beginn der 1990er Jahre<sup>37</sup> und in einem weiteren Verfassungsstreit um das Neue Strategische Konzept der NATO eine Rolle gespielt. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Argument zurückgewiesen: Die Beteiligung an der Militäroperation in Afghanistan bewege sich noch im Rahmen des durch den NATO-Vertrag geschaffenen Integrationsprogrammes und sei somit durch das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag auch verfassungsrechtlich gedeckt.<sup>38</sup>

### 6.4 Irak 2 – ein rechtswidriger Krieg mit deutscher Unterstützung

Der zweite Golfkrieg wurde mit einem Waffenstillstand beendet, der unter anderem dem Irak den Besitz von Massenvernichtungs-

<sup>26</sup> Dazu: M. Bothe/B. Martenczuk, Die NATO und die Vereinten Nationen nach dem Kosovo-Konflikt, VN 47 (1999), 125 ff. (139); M. Bothe, Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 10 (2000), 177-195; Y. Dimstein, The Thirteenth Waldemar A. Solf Lecture in International Law, Military Law Review 166 (2000), 93-108.

<sup>27</sup> S/RES 1160, 31.03.1998; 1199, 23.09.1998; dazu: S. Chesterman, Just War or Peace, OUP 2001, 207 ff.

<sup>28</sup> J. Delbrück, Effektivität des Gewaltverbots, Friedens-Warte 74 (1999), 139 ff. (152 f.); K. Ipsen, Der Kosovo-Einsatz, Friedens-Warte 74 (1999), 19 ff. (22 f.); D. Senghaas, Der Grenzfall, S+F 17 (1999), 134 ff. (136 f.).

<sup>29</sup> Bundeskanzler Schröder, Regierungserklärung vom 26.3.1999. Weitere Nachweise bei S. Vönenky/M. Rau, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1999, ZaöRV 2001, 1085 ff.

<sup>30</sup> Dazu: M. Bothe, Idee und Funktionalität eines Argumentationstopos: historische und aktuelle Hintergründe der „humanitären Intervention“, in: T. Brüha/S. Heselhaus/T. Marauhn (Hrsg.), Legalität, Legitimität und Moral. Können Gerechtigkeitspostulate Kriege rechtfertigen?, Tübingen 2008, 149-156.

<sup>31</sup> Rede des Außenministers Fischer vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 22.9.1999.

<sup>32</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat eine Organklage der Fraktion Die Linke auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Operation aus prozessualen Gründen abgewiesen, Beschluss v. 25.03.1999, 2 BvE 5/99.

<sup>33</sup> M. Bothe, a.a.O Anm. 1, Rdn. 16.

<sup>34</sup> C. Kreß, Major Post-Westphalian Shifts and Some Important Neo-Westphalian Hesitations in the State Practice on the International Law on the Use of Force, Journal on the Use of Force and International Law 1 (2014) 11-54, 43 ff. mwN.

<sup>35</sup> M. Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.) Völkerrecht, 7. Aufl. Berlin 2016, 591-682, 612 Fn 126.

<sup>36</sup> S/RES 1386 v. 12.12.2001.

<sup>37</sup> Urteil v. 12.07.1994, , Abschnitt C.III.3.a. der Urteilsgründe.

<sup>38</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 3.7.2007, 2 BvE 2/07.

waffen verbot und ihn einer internationalen Kontrolle unterwarf. Letztere erwies sich als problemanfällig, und es stand der Vorwurf im Raum, dass der Irak solche Waffenbestände verheimlichte. Dies war die behauptete politische Rechtfertigung dafür, dass die Vereinigten Staaten und Großbritannien 2003 eine militärische Intervention planten und schließlich durchführten. Der Besitz von Massenvernichtungswaffen konnte aber wohl für sich allein den Eingriff nicht völkerrechtlich rechtfertigen. Ein neues Mandat des Sicherheitsrats wurde nicht erteilt. Stattdessen bedienten sich die intervenierenden Staaten der Rechtskonstruktion, dass das alte Mandat von 1990 fortbestand und durch die (behauptete) Verletzung der Waffenstillstandsresolution reaktiviert wurde. Diese offizielle Rechtfertigung wurde dem Sicherheitsrat mitgeteilt. Sie ist aber kaum haltbar und wurde in der akademischen und der politischen Diskussion großenteils nicht akzeptiert.<sup>39</sup>

Die Bundesregierung zeigte sich von der politischen Rechtfertigung nicht überzeugt und beteiligte sich, anders als viele Staaten des westlichen Bündnisses, nicht an der Intervention, was zu nicht unerheblichen deutsch-amerikanischen Verstimmungen führte. Dennoch verhielt sich die Bundesregierung nicht völlig unsolidarisch. So gewährte sie der Aktion eine wesentliche Unterstützung, indem sie gestattete, dass wesentliche Teile derselben von deutschem Territorium starteten und hier eine logistische Basis für die Aktion errichtet werden konnte. Die Bundeswehr nahm den Vereinigten Staaten auch lokale Aufgaben ab, um amerikanische Truppen für die Intervention im Irak freizustellen.

Die rechtliche Bewertung dieser Unterstützung hängt von der rechtlichen Bewertung der amerikanisch-britischen Aktion ab. Zu letzterer hat sich die Bundesregierung nicht geäußert:

„Zu den entsprechenden Diskussionen in der Rechtswissenschaft nimmt die Bundesregierung nicht Stellung.“<sup>40</sup>

Für die Erklärung der deutschen Unterstützung gibt es dann zwei Möglichkeiten: Entweder stellte man rechtliche Bedenken aus politischen Gründen zurück und verschwieg dies, oder man hielt die amerikanisch-britische Aktion für rechtmäßig. Das war nur möglich, wenn man die amerikanisch-britische Erklärung des reaktivierten Mandats des Sicherheitsrats akzeptierte. Andernfalls wäre es eine verbotene Beihilfe zu einer Verletzung des Gewaltverbots und zudem ein grober Verstoß gegen das Neutralitätsrecht gewesen. Ausdrücklich argumentiert wurde das von der Bundesregierung nicht, sie verwies lediglich auf die deutschen Bündnispflichten.<sup>41</sup>

Ausführlich hat hingegen der Generalbundesanwalt auf eine Strafanzeige wegen § 80 StGB argumentiert.<sup>42</sup> Er betont die Unbestimmtheit des Begriffs des Angriffskrieges, weswegen der Tatbestand einengend ausgelegt werde müsse – eine Erwägung, die ja schon bei der Formulierung des § 80 StGB eine Rolle spielte<sup>43</sup> und bei der Neuformulierung der Strafbarkeit der Aggression in § 10 VStGB zum Tragen kam.<sup>44</sup>

39 M. Bothe, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, ArchVR 41 (2003), 255-271.

40 Staatssekretär des Auswärtigen Amts im Bundestag, Drs. 15/988, S. 2.

41 Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2003, ZaöRV 65 (2005), 775.

42 Abgedruckt in Juristen-Zeitung 2003, 908; ausführliche Wiedergabe bei M. Hartwig, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik im Jahre 2003, ZaöRV 65 (2005), 741-788, 776.

43 Siehe oben Text zu Anm. 5.

44 Siehe oben Text zu Anm. 9.

## 6.5 Libyen – deutsche Nichtbeteiligung trotz UN-Mandat

Als 2011 in Libyen der Widerstand gegen das Gaddafi-Regime sich zu einem bewaffneten Konflikt ausweitete, erteilte der Sicherheitsrat ein Mandat zu militärischen Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung.<sup>45</sup> Die Bundesregierung enthielt sich im Sicherheitsrat der Stimme und beteiligte sich nicht an der Umsetzung des Mandats durch die NATO, was ihr eine herbe Kritik von unterschiedlichen Seiten einbrachte.<sup>46</sup> Rechtliche Bedenken konnte es gegen eine solche Beteiligung allerdings zunächst nicht geben, da es ja ein Mandat des Sicherheitsrates gab. Die rechtliche Kritik an der NATO-Operation setzte erst später ein mit dem Vorwurf, die NATO-Staaten hätten das Mandat überschritten und es nicht nur zum Schutz der Zivilbevölkerung, sondern auch zum Betreiben eines *regime change* benutzt. Der in der Folgezeit sich verschärfende Prozess des Zerfalls libyscher Staatsgewalt hat die politischen Bedenken gegen die Militäraktion sicherlich im Nachhinein noch plausibler gemacht.

## 6.6 Kampf gegen den IS – deutsche Beteiligung und zweifelhafte Rechtmäßigkeit

Nach den Terroranschlägen von Paris im November 2015 sah sich auch die Bundesregierung gehalten, an militärischen Maßnahmen gegen den sogenannten Islamischen Staat (IS), der hinter diesen Anschlägen stand, auf dem von ihm beherrschten Gebiet teilzunehmen. Den militärischen Rahmen hierzu bot die schon länger von einer Militärrallianz unter Führung der USA und Saudi-Arabiens durchgeföhrte Aktion gegen den IS, der Luftschläge gegen das von ihm beherrschte Territorium auf syrischem Staatsgebiet einschloss. Der deutsche Beitrag<sup>47</sup> umfasste keine Bombardierung von IS-Zielen durch die Bundeswehr, sondern den Einsatz von Tornados zur Aufklärung, die auch der Zielfindung durch andere Staaten dienen konnte und sollte, sowie Luftbetankung von Flugzeugen anderer Staaten und den Einsatz von AWACS-Flugzeugen zur Luftüberwachung in diesem Konflikt.<sup>48</sup> Über die militärische Sinnhaftigkeit und rechtliche Zulässigkeit dieser Beteiligung wurde im Bundestag gestritten.

Die Bundesregierung war um eine klare völkerrechtliche Rechtfertigung bemüht. Eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat konnte in der Resolution des Sicherheitsrats,<sup>49</sup> in der die Staaten, die dazu in der Lage waren, zu wirksamen Maßnahmen gegen den IS aufgefordert werden, nicht gesehen werden. Darauf hat sich die Bundesregierung auch nicht berufen. Da die Bundesrepublik nicht selbst angegriffen war, kam als Rechtfertigung nur die kollektive Selbstverteidigung in Betracht. Diese konnte durch die Terrorakte des IS gegen viele Staaten, nicht nur in Frankreich, ausgelöst sein, wenn

45 S/RES 1973, v. 17.03.2011, OP4.

46 M. Horeld, Deutschlands feige Außenpolitik, Zeit-online, 18.03.2011; B. Schoch, Die Libyen-Intervention: Warum Deutschlands Enthaltung im Sicherheitsrat falsch war, PRIF Working Papers No. 16, 2013.

47 Deutscher Bundestag, Drs. 18/6866, 1.12.2015.

48 Deutscher Bundestag, Drs. 18/9960, 13.10.2016.

49 S/RES/2249, 20.11.2015.

diese als bewaffnete Angriffe im Sinne des Art. 51 VN-Charta zu werten sind. Die Invasion des IS im Irak war jedenfalls ein bewaffneter Angriff. Der IS war und ist jedoch kein Staat. Die entscheidende Rechtsfrage besteht also darin, ob ein bewaffneter Angriff im Sinne des Art. 51 VN-Charta, der das Selbstverteidigungsrecht auslöst, nur ein staatlicher Angriff sein kann. Das wird von einem nicht unerheblichen Teil der Lehre heute verneint.<sup>50</sup> Dann bleibt aber die Frage, wie denn die mit dem Gegenangriff auf den nicht-staatlichen Gewaltakteur verbundene Verletzung des Staatsgebiets des Staates, von dem aus der nicht-staatliche Akteur agiert, zu rechtfertigen ist. Die Luftschläge gegen den IS auf syrischem Staatsgebiet waren und sind Verletzungen der syrischen Gebietshoheit, obwohl Syrien das Zielgebiet nicht mehr faktisch kontrollierte. Zur Rechtfertigung einer solchen Verletzung schloss sich die Bundesregierung<sup>51</sup> einer höchst umstrittenen Rechtskonstruktion an, auf die sie sich bislang soweit ersichtlich nicht berufen hatte, nämlich die höchst umstrittene sog. „unable/unwilling“-Theorie.<sup>52</sup> Wenn ein Staat nicht in der Lage oder nicht willens ist, Angriffsakte nicht-staatlicher Akteure, die von seinem Gebiet ausgehen, zu unterbinden, dann ist die mit dem Gegenangriff gegen den genannten Akteur verbundene Verletzung der Gebietshoheit des betroffenen Staates als Selbstverteidigung, ggf. kollektive Selbstverteidigung ge-rechtfertigt. Man kann diese Theorie als unerwünschte und missbrauchsgefährliche Ausweitung der Rechtfertigung von Gewalt bedauern, man kann sie auch als sachlich notwendig rechtfertigen. Festzuhalten ist, dass sich die Bundesregierung hier zur Rechtfertigung einer militärischen Option auf einen rechtlich immer noch schwankenden Boden begibt.

rechtliche Rechtfertigung sind komplexer geworden. Politisch gesehen stehen zwei Rechtfertigungen von Militärmaßnahmen im Vordergrund: Verteidigung gegen neue Bedrohungen und die Solidarität der westlichen Staaten bei dieser Verteidigung. Das schließt eine stabilitätspolitische Konzeption von Verteidigung ein, die Grundlage der strategischen Konzepte der NATO ist. In diesem Zusammenhang müsse Deutschland, so etwa das Weißbuch 2016,<sup>53</sup> zur Übernahme von Verantwortung bereit sein. Völkerrechtlich gesehen bereitet diese Konzeption notwendiger Militärmaßnahmen freilich insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn kein Mandat des Sicherheitsrates vorliegt. Diese völkerrechtliche und damit in Verbindung stehende verfassungsrechtliche Schranke der Ausübung militärischer Gewalt hat in Deutschland zwar im Grundsatz ihre Wirksamkeit behalten. Sie setzt sich aber nicht immer oder nur mit Schwierigkeiten durch.



**Dr. Michael Bothe** ist Professor emeritus für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Goethe-Universität in Frankfurt/M. Er gehört dem Kuratorium des Max Planck Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht sowie der deutschen Kommission für humanitäres Völkerrecht an. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen und Teilnehmer internationaler Verhandlungen auf den Gebieten des Friedenssicherungsrechts und des humanitären Völkerrechts. Als Prozessvertreter trat er vor dem Internationalen Gerichtshof, der Europäischen Menschenrechtskommission und dem Bundesverfassungsgericht auf.

## 7. Deutschland und das Gewaltverbot – ein ambivalentes Verhältnis

In der politischen und rechtlichen Debatte über Bundeswehr-einsätze wurde immer wieder deutlich, dass die Überzeugung, dass von Deutschland nie wieder Krieg ausgehen dürfe, als Grundbefindlichkeit im deutschen politischen System erhalten geblieben ist. Wie gerade der Prozess um den Afghanistan-Einsatz zeigte, ist diese kritische Haltung gegenüber Militäraktionen keineswegs auf das linke politische Spektrum beschränkt. Diese Kritik hat immer wieder auch rechtliche Durchsetzungsmittel gesucht.

Mit dem Ende des Kalten Krieges hat die einfache Rechtferti-gung aller militärischen Anstrengung als Verteidigung gegen einen bekannten Feind ein Ende gefunden. Zwecke von Mi-litäraktionen und damit die Debatte um ihre politische und

50 Eingehend C. Kreß, a.a.O. Anm. 35, 41 f.; C. Kreß, Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, Berlin 1995, 206 ff.; ausführliche Nachweise bei M. Bothe, a.a.O. Anm. 36, 602, Fn 51. Die neueste Analyse des Themas sind die Beiträge ‚Self-Defence against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War‘, ZaöRV 77 (2017), 1-93.

51 Drs. 6866, S. 2.

52 Zum Streitstand vgl. T. Christakis, Challenging the „Unwilling or Unable“ Test, ZaöRV 77 (2017), 19-22; B. Sjöstedt, Applying the Unable/Unwilling State Doctrine – Can a State be Unable to Take Action?, ebenda 39-42; I. Coizigou, The Right to Self-Defence against Non-State Actors – Criteria of the “Unwilling or Unable” Test, ebenda 53-56.

53 Bundesregierung, Weißbuch 2016 zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, 22 f.