

Verteidigung: Neue Dimensionen eines Völkerrechts- und Verfassungsbegriffs?

Dieter S. Lutz-Vorlesung 2009

Knut Ipsen*

Abstract: The article discusses the current debate on the concept of defense in the context of international law and Germany's constitutional order. These aspects are often only insufficiently considered, despite their forming the basis for how a state is to react against an attack by another state. Whether or not the attacked state should engage in the use of force or the threat thereof is thereby of paramount importance. The definition of defense plays a role as well. Equally interesting is the question of how collective defense mechanisms such as NATO can be brought together with specific legal norms of single states, especially when different defense concepts are used. The article discusses in particular what can constitute a state of attack, who is an aggressor and whether or not constitutional and international law issues can in principle be combined under common guidelines.

Keywords: Bewaffneter Angriff, Grundgesetz, Selbstverteidigung, Verteidigung, Völkerrecht
Armed attack, basic law, self-defense, defense, international law

Zu allererst darf ich Ihnen sagen, dass ich sehr dankbar dafür bin, diese Vorlesung zum Gedächtnis von Dieter Lutz halten zu dürfen. Dieter Lutz war mir über Jahrzehnte ein Weggefährte in dem Bemühen, den wissenschaftlichen Boden dafür aufzubereiten, dass in den internationalen Beziehungen die Stärke des Rechts allmählich mehr Gewicht und Raum gegenüber dem Recht des Stärkeren gewinnen möge. Gerade vor wenigen Tagen habe ich einen Blick in den Band geworfen, den die Vereinigung Deutscher Wissenschaftler 1984 zu ihrem 25-jährigen Jubiläum herausgegeben hat. In einem Beitrag zu einer Diskussion, an der auch Carl Friedrich von Weizsäcker und Wolf Graf von Baudissin teilnahmen, argumentierte Dieter Lutz mit großer Überzeugungskraft, dass es zur Logik eines Systems kollektiver Sicherheit gehören, auf Massenvernichtungswaffen zu verzichten.¹ Es waren die jüngsten Nordkorea-Ereignisse, die mich veranlasst hatten, *das in den Blick zu nehmen, was damals prinzipiell zur rechtlichen Einhegung von Massenvernichtungswaffen gesagt worden war und was auch heute noch gilt*. Dieter Lutz hatte, als er viel zu früh von uns gehen musste, den Vorsitz der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler inne und ich weiß, dass er sehr viel mit dieser interdisziplinär angelegten Vereinigung vorhatte. Doch nicht nur seine durchdachten Positionen und sein Ideenreichtum, sondern insbesondere seine freundschaftliche und humorvolle Art haben es mir immer von Neuem zur Freude gemacht, mit ihm zusammenzuwirken. Deshalb ist es mir ein persönliches Anliegen, dem Andenken von Dieter Lutz einige Ergebnisse des Nachdenkens über einen Problemkom-

plex zu widmen, der auf Grund seines stetigen Wandels immer wieder neues Nachdenken verlangt.

Lassen Sie uns dieses „Nachdenken“ zu Beginn auf eine der vielen Äußerungen richten, die in jüngster Zeit zu der Frage zu verzeichnen sind, was denn „Verteidigung“ eines Staates und namentlich unseres Staates als Rechtsbegriff bedeutet. In einem vor wenigen Monaten in der Neuen Zeitschrift für Wehrrecht erschienenen Aufsatz heißt es hierzu:

„Politik und Rechtswissenschaft blasen derzeit zum *Angriff auf die Verteidigung* und streben eine Umdeutung des Verteidigungsbegriffs an. Bereits die *Verteidigungspolitischen Richtlinien* des Verteidigungsministers (2003), aber auch das *Weißbuch der Bundesregierung zur Sicherheitspolitik* (2006) weisen darauf hin, dass Verteidigung heute mehr umfasse als die militärische Reaktion auf einen konventionellen Angriff von außen. Im Vordergrund stehe nicht nur eine werte-, sondern auch interessengeleitete Sicherheitspolitik. Dementsprechend lasse sich Verteidigung geographisch nicht mehr eingrenzen, sondern *trage zur Wahrung der Sicherheit bei, wo immer diese gefährdet ist...* Die Ansätze zur Neuvermessung des Verteidigungsbegriffs geben daher zu einer gewissen Sorge Anlass: Der in der Wehrverfassung bewusst verwendete Begriff der Verteidigung wird durch diese *Sinnvariabilität* ... jeglicher tatbestandlicher Konträren beraubt und in seinem normativen Geltungsanspruch geschwächt. Eine Interpretation, die den Verteidigungsbegriff an den politischen Einsatzzweck bindet, führt angesichts der Offenheit des Begriffes zu ihrer beliebigen Funktionalisierung. Die Verfassungsnorm verliert ihre auf Eingrenzung staatlicher Macht angelegte Rechtswirkung und verkommt damit zur legitimatorischen Leerformel, die eigentlich aus dem Grundgesetz gestrichen werden könnte.“²

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen war Professor für Öffentliches Recht (Völkerrecht) an der Ruhr-Universität Bochum, von 1979-1989 Rektor der Ruhr-Universität Bochum, 1988-1999 Direktor des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht an der Ruhr-Universität Bochum, 1991-2008 Mitglied des Ständigen Schiedsgerichtshofes in Den Haag, 1991-1993 Gründungsrektor der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), 1994-2003 Präsident des DRK. Der vorliegende Beitrag dokumentiert die Dieter-S.-Lutz-Vorlesung vom 17. Juni 2009 am IFSH.

1 D.S. Lutz, Diskussionsbeitrag in: K. Ipsen/H. Fischer (Hrsg.), Chancen des Friedens – Analysen, Thesen, Diskussionen. Die 25. Jahrestagung der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler (VDW), Bd. 35 der Reihe Militär, Rüstung, Sicherheit, hrsg. v. D.S. Lutz, 1986, S. 79.

2 R. Schmidt-Radefeldt, Die Wehrverfassung in schlechter Verfassung? Inlands-einsätze der Bundeswehr auf dem Prüfstein der Wehrverfassung, NZWehr 2008, S. 221 (226).

Diese dezidierte verfassungsrechtliche Position enthält zwar gleich mehrere Ansatzpunkte für Kritik, für abweichende Einschätzungen und für gegenteilige Auffassungen. Sie soll aber hier zunächst nur deshalb vorgetragen werden, um auf ein Versäumnis aufmerksam zu machen, an dem die gegenwärtige *verfassungsrechtliche* Diskussion des Verteidigungsbegriffs hier und dort leidet. Es ist dies der Umstand, dass die *völkerrechtliche* Dimension des Verteidigungsbegriffs nur begrenzt in den Blick genommen wird, obwohl sie von der Ordnungslogik her (wenn auch nicht nach der Rangfolge der Rechtsnormen) als erste erörtert werden muss. Denn es ist vor allem das Völkerrecht, das die ebenso schlichte wie zugleich existentielle Frage zu beantworten hat: Was darf ein Staat tun, wenn er oder ein anderer Staat mit Waffengewalt angegriffen wird – von wem auch immer? Diese Frage ist indessen gegenwärtig ebenfalls Kontroversen ausgesetzt, wie im Weiteren deutlich werden wird. Erst in zweiter Linie lässt sich dann die Frage beantworten: Wie kann ein souveräner Staat im Rahmen seiner Verfassungsautonomie seinen Verteidigungsbegriff bestimmen? Will er dabei das Völkerrecht beachten, muss er sich zwangsläufig nach der Beantwortung der ersten Frage, d.h. nach dem völkerrechtlichen Verteidigungsbegriff, richten. Will er in seiner Verfassungsordnung oder in seinem faktischen Verhalten über die völkerrechtlichen Grenzen der Verteidigung hinausgehen, dann begeht er einen schweren Bruch des Völkerrechts, sobald er dabei das in Art. 2 Nr. 4 UN-Charta statuierte Verbot der Anwendung oder Androhung von Gewalt verletzt. Will er dagegen weniger tun, als das Völkerrecht erlaubt, kann er natürlich einen engeren Verteidigungsbegriff in seine Verfassung aufnehmen, wird dann jedoch, wenn er sich überhaupt wehren will, nach anderen Sicherungsmechanismen gegenüber einer ihm gegebenenfalls treffenden Anwendung von Waffengewalt suchen müssen. Diese letztgenannte Gestaltungsvariante ist übrigens keineswegs so weltfremd, als dass sie nicht in der deutschen Staatsrechtswissenschaft vertreten worden wäre:

Dass nämlich die Bundesrepublik verfassungsrechtlich einen engeren Verteidigungsbegriff in das Grundgesetz eingefügt habe, als das Völkerrecht es gestattet, ist in durchaus seriösen Publikationen behauptet worden, so beispielsweise noch im Jahre 2000 in dem vielgenutzten GG-Kommentar von Jarass/Pieroth.³ Dort wurde der Verfassungsbegriff „Verteidigung“ mit der Legaldefinition des „Verteidigungsfalls“ der Notstandsverfassung gleichgesetzt, wonach folglich „Verteidigung“ dahin definiert sei, dass „das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht“. Deshalb sei den deutschen Streitkräften nach unserer Verfassung weniger gestattet, als nach Völkerrecht – insbesondere zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung – zulässig wäre. Wie ein solches Verfassungsverständnis mit der Mitgliedschaft der Bundesrepublik in der NATO, deren Grundlage gerade das Konzept der kollektiven Selbstverteidigung darstellt und deswegen wir überhaupt eine Wehrverfassung in das GG eingefügt haben, zu vereinbaren ist, behandelte der Autor damals nicht. Zu seiner Rechtfertigung muss indessen vermerkt werden, dass er jene mit der NATO-Mitgliedschaft inkompatible Position inzwischen aufgegeben hat.⁴

³ Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., 2000, Art. 87a Rdnr. 5.

⁴ Ebd., 10. Aufl., 2009, Art. 87a Rdnr. 9.

I. Die völkerrechtliche Dimension des Verteidigungsbegriffs

Wenden wir uns also wegen der logischen Verknüpfung dessen, was der Staat in seinen Außenbeziehungen tun oder nicht tun darf, mit dem, was er in seiner Verfassungsordnung regeln kann, zunächst dem völkerrechtlichen Begriff der Verteidigung zu, wie er in Art. 51 der UN-Charta kodifiziert ist. Danach beeinträchtigt die Charta „im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat“. Uns wird im Rahmen unseres Themas in erster Linie der erste Halbsatz beschäftigen, denn er birgt nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Zweckbestimmung schon eine solche Fülle von Ansätzen für kontroverse Positionen, so dass für eine zeitlich begrenzte Erörterung ohnehin eine Auswahl von Problemkomplexen getroffen werden muss. Lassen Sie mich deshalb vier Fragestellungen aufgreifen:

1. Welche Wirkungen hat der Befund, dass das Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung von der Charta nicht begründet, sondern vorausgesetzt wird?
2. Welche Bedeutung hat der Umstand, dass der „bewaffnete Angriff“, den die Selbstverteidigung voraussetzt, von Begriffs wegen eine finale, d.h. eine stets zweckgerichtete Handlung darstellt?
3. Wer kann Angreifer sein? Nur ein (anerkannter oder nicht anerkannter) Staat oder auch ein nichtstaatliches Gebilde, das unbeschadet des Grades seiner – möglicherweise nicht einmal bekannten – Organisation die „Angriffsfähigkeit“ besitzt und durch einen entsprechenden Akt nachweist?
4. Wie steht es mit der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung in Bezug auf den Angriff mit Waffengewalt, gegen den sie die völkerrechtlich zulässige reaktive Anwendung von Waffengewalt ist?

1. Das „inherent right“ der Selbstverteidigung

Schon der Wortlaut des Art. 51 UN-Charta besagt eindeutig, dass das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung nicht etwa durch die Charta begründet worden ist, sondern vor ihrem Inkrafttreten bestanden hat und durch die Charta anerkannt und bestätigt worden ist. Die deutsche amtliche Übersetzung macht dies mit der Formel vom „naturgegebenen Recht“ in minderem Maße deutlich als der authentische englische Text mit dem Begriff des „inherent right“, was als „unveräußerliches Recht“, dem Staat innwohnendes, von ihm unzertrennliches Recht zu übersetzen ist. Auch die deutsche Übersetzung, dass die Charta dieses Recht keineswegs „beeinträchtige“, ist eine zwar mögliche, aber doch die schwächeren von mehreren möglichen Wiedergaben des authentischen Textes, der lautet: „Nothing in the present Charter shall impair the inherent right...“, wobei „to impair“ nicht nur schlicht „beeinträchtigen“, sondern verstärkend auch „schmälern, schwächen, schädigen“ bedeutet. Dies macht verständlich, weshalb die USA die Kette ihrer Nachkriegsbündnisse, die samt und son-

ders – wie beispielsweise der Nordatlantikvertrag – explizit auf Art. 51 UN-Charta gestützt worden sind, in den amtlichen Begründungen jeweils mit einem ausdrücklichen Hinweis darauf versehen haben, dass das Selbstverteidigungsrecht offenkundig nicht aus der Charta abgeleitet, sondern ein der Staatlichkeit immanentes Recht aller Staaten sei, das durch die Charta eben ausdrücklich anerkannt und als fortbestehend bewahrt wird.⁵

Vor diesem Hintergrund war es nur folgerichtig, dass der Internationale Gerichtshof in seinem Urteil zum Nicaragua-Fall (Urteil vom 27.6.1986)⁶ – allerdings etwas euphemistisch – ausführte, die Charta hätte trotz Anerkennung des Selbstverteidigungsrechts nicht alle Aspekte seines Inhalts geregelt. Art. 51 könne daher nicht als eine Vorschrift angesehen werden, die einschlägiges Völker gewohnheitsrecht überlagert und verdrängt, was sonst bei inhaltsgleichem Vertragsrecht zumeist der Fall ist. Daraus folgt auslegungsmethodisch, dass die wenigen unbestimmten Rechtsbegriffe, die Art. 51 enthält, in ihrem Inhalt nicht schlicht nach der Methodik der Auslegung völkerrechtlicher Verträge bestimmt werden können. Vielmehr kommt der Staatenpraxis eine entscheidende Rolle zu; denn der Konsens darüber, was beispielsweise ein bewaffneter Angriff als Voraussetzung für die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts ist, lässt sich jenseits des Gewaltverbots nicht allein in dem Regelwerk der UN-Charta aufspüren. Hier kommt es auf das entsprechende Verhalten der Staaten und die damit verbundene Rechtsüberzeugung an, also auf die beiden Elemente des Völker gewohnheitsrechts. Somit hat die besondere Konstruktion, mittels der das Selbstverteidigungsrecht in Art. 51 der UN-Charta kodifiziert worden ist, gerade über diesen Vertrag wieder das Tor für die Schwierigkeiten und Unsicherheiten geöffnet, die das Völker gewohnheitsrecht mit sich bringt.

Schließlich hat die Entwicklung des Friedenssicherungsrechts seit Inkrafttreten der UN-Charta einen Weg genommen, der von den nach der Charta vorgezeichneten Mechanismen in einem wesentlichen Punkt abweicht. Das Selbstverteidigungsrecht sollte nur so lange eingreifen, bis der Sicherheitsrat die zur Friedenssicherung erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, so die ausdrückliche Maßgabe des Art. 51. Damit verfolgt die Charta als universales System kollektiver Sicherheit die durchaus bestechende Grundidee, den Angreifer und Friedensstörer einer reaktionsfähigen und machtvollen Organisation gegenüberzustellen, geschaffen und jederzeit gestützt von der Einheitsfront völkerrechtstreuer Staaten. So verstanden, braucht der angegriffene Staat – ähnlich wie der Notwehrberechtigte in einem hochentwickelten Rechtsstaat – in der Tat nur ein kurzzeitig auszuübendes Notrecht. Die Hauptlast der Wiederherstellung des Friedens trägt die Organisation durch ihr zuständiges Organ, den Sicherheitsrat.

Die Konstruktion der Charta – das Verbot der Erstanwendung von Waffengewalt, der Sicherheitsrat als das zu seiner Durchsetzung befugte Organ und das in Kap. VII geregelte Verfahren zur Durchsetzung der Ratsbeschlüsse – hat manchen Völkerrechtler dazu veranlasst, ein Gewaltmonopol der UNO als gegeben anzusehen, ähnlich dem staatlichen Gewaltmonopol, das

5 Siehe hierzu American Foreign Policy 1950-1955, Basic Documents, Vol. I, Dept. of State Publ. 6446, 1957, S. 835 (Nordatlantikvertrag).

6 ICJ Rep. 1986, S. 14 (94).

historisch einer der entscheidenden Schritte zur Sicherung des inneren Friedens der Staaten gewesen ist. Dies ist jedoch eine Fehlannahme.

Das staatliche Gewaltmonopol besteht aus zwei Elementen, die beide für seine Effektivität unverzichtbar sind. Es besteht aus einem rechtlichen und einem tatsächlichen Element. Das erste Element ist die Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen, welche die innerstaatliche Gewaltanwendung unterbinden und in eng geregelten Ausnahmesituationen bestimmten staatlichen Organen vorbehalten. Das zweite, das tatsächliche Element besteht darin, dass die Instrumente bewaffneter Gewalt ebenfalls weitestgehend beim Staat konzentriert sind und in vergleichbarem Umfang nichtstaatlichen Gruppierungen nur durch massiven Rechtsbruch verfügbar sein können. Der Staat – namentlich der Rechtsstaat – hat somit die zweckgerichtete Rechtsordnung und die auf ihr basierende Macht, den inneren Frieden zu gewährleisten. Die UNO hat eine ihrer Grundidee nach geeignete Rechtsordnung, sie hat hingegen nie das tatsächliche Element erwerben können, das diese Rechtsordnung auch durchsetzt. So haben jahrzehntelange Bemühungen um Rüstungskontrolle und Abrüstung trotz sektoraler Erfolge zu keiner Zeit auch nur annähernd die Regelungsdichte und Effektivität innerstaatlicher Kriegswaffenkontrolle erreichen können. Eine staatsgleiche Monopolisierung der Instrumente bewaffneter Gewalt auf der Ebene der UNO anstelle der staatlichen Ebene hat es ebenfalls nie gegeben und wird es auch in der Zukunft nicht geben. Schaut man auf die Praxis der UNO, so sind bislang nicht einmal die in der Charta vorhandenen bescheidenen Kompetenzreserven ausgeschöpft worden, welche immerhin für die Bereitstellung eines begrenzten UN-Potenzials an Waffengewalt gegeben sind, um Sicherheitsratsbeschlüsse als Ultima Ratio mit Streitkräfteinsatz zu vollziehen.⁷ Die UNO ist in dieser Hinsicht voll und ganz von der Bereitschaft der Staaten abhängig, *ihr* Gewaltmonopol zugunsten der Weltorganisation einzusetzen. Sie selbst hat kein Gewaltmonopol.

Die – außerordentlich bedeutsame – Folge dieser Situation besteht darin, dass das Selbstverteidigungsrecht nicht, wie in der Charta vorgesehen, ein nur kurzzeitig auszuübendes Notrecht geworden ist, sondern vielfach die erstrangig und in der Mehrzahl der bewaffneten Konflikte dauerhaft genutzte Rechtsgrundlage reaktiver Anwendung von Waffengewalt darstellt. Dem in der Charta sogenannten „unveräußerlichen“ Recht der Staaten kommt damit eine Funktion zu, die letztlich eine teilweise „Resouveränisierung“ der bewaffneten Reaktion auf die Erstanwendung von Waffengewalt bedeutet. Der polnische Diplomat und Völkerrechtler Jerzy Kranz beurteilt deshalb die Sach- und Rechtslage durchaus zutreffend, wenn er in seiner soeben erschienenen Untersuchung der *völkerrechtlichen Dilemmata bei der Anwendung militärischer Gewalt zu Beginn des 21. Jahrhunderts* zu dem Schluss gelangt, dass „das Recht auf Selbstverteidigung auch in Zukunft eine weitaus größere Rolle spielen wird, als es das Notwehrrecht in nationalen Gesetzgebungen zulässt“.⁸ Man darf diese Prognose dahin konkretisieren, dass

7 Hierzu ausführlicher K. Ipsen, Legitime Gewaltanwendung neben dem Völkerrecht?, in: Weltinnenrecht, FS J. Delbrück, 2005, S. 371 (373f).

8 Jerzy Kranz, War, Peace or Appeasement? Völkerrechtliche Dilemmata bei der Anwendung militärischer Gewalt zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2009, S. 56.

weder eine Reform des Sicherheitsrats, die ohnedies seit über 15 Jahren ohne allseits akzeptierte Ergebnisse diskutiert wird, noch die von der Obama-Administration in Aussicht gestellte stärkere Akzentuierung der multilateralen Friedenssicherung grundlegende Neuerungen schaffen werden.

Umso wichtiger ist es, den Befund zu erkennen und anzuerkennen, dass der völkerrechtliche Entwicklungsstand der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung als ein der Staatlichkeit immanentes Recht kein statisches Endstadium erreicht hat, sondern einer Dynamik ausgesetzt ist und auch künftig bleiben wird, einer Dynamik, die von einer sich – zuweilen dramatisch – ändernden Wirklichkeit ausgelöst wird. Wer angesichts dieses Befunds gleichwohl auf starren Rechtsinterpretationen des 20. Jahrhunderts verharrt, der wird hinnehmen müssen, dass die Wirklichkeit dann dem erstarrten Recht mehr und mehr enteilen wird, so dass ein solches Recht schließlich seinem Zweck, ein Verhaltensmuster für die Wirklichkeit zu sein, schlicht nicht mehr zu genügen vermag.

Obgleich das in der Charta verankerte Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung somit – wie nachgewiesen – ein offener und daher ausfüllungsbedürftiger Völkerrechtsbegriff ist, bleibt es wie bei jedem vergleichbaren Rechtsbegriff unausweichlich, seinen Inhalt und seine Grenzen zu bestimmen. Der erste und wichtigste Ansatz hierfür ist, dass das Selbstverteidigungsrecht überhaupt erst und nur dann aktiviert wird, wenn eine beschreibbare Tatsachenlage – der in Art. 51 UN-Charta genannte „bewaffnete Angriff“ – gegeben ist. Diese das Reaktionsrecht auslösende Tatsachenlage soll zunächst in ihrem Kernbereich untersucht werden, bevor wir uns den in der Konfliktwirklichkeit so bedeutsamen Problemen der Abgrenzung zuwenden.

2. Der „bewaffnete Angriff“

Staaten verweisen bei einer Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht häufig auf die „Selbstevidenz“ des bewaffneten Angriffs.⁹ Der IGH, der in den letzten einschlägigen Verfahren Fälle zu entscheiden hatte, in denen eine solche Selbstevidenz nicht gegeben war, hatte sich überwiegend mit kausalen Verknüpfungen zu befassen, die zu einer grundlegenden Begriffsbestimmung wenig beitragen konnten. So wurde beispielsweise im Nicaragua-Fall die massive U.S.-Hilfe in Ausbildung und Logistik zugunsten der Contras nicht als Beteiligung der USA an einem bewaffneten Angriff gegen Nicaragua angesehen.¹⁰ In dem Ölinsel-Fall (Urteil vom 6.11.2003) sah der IGH den als Selbstverteidigung bezeichneten U.S.-Angriff auf die Reischadat-Ölinseln des Iran nicht als gerechtfertigt an, weil ihm diese Reaktion mit dem vorausgegangenen Angriff auf ein U.S.-Marineschiff nicht hinreichend verbunden erschien.¹¹ In zwei weiteren Fällen – im Gutachten zum israelischen Grenzzaun auf palästinensischem Gebiet (vom 9.7.2004)¹² und im Kongo-Uganda-Fall (Urteil vom 13.12.2005)¹³ – sind Ausführungen

zum Selbstverteidigungsrecht enthalten, die weder die Staatenpraxis hinreichend widerspiegeln noch Chancen auf Anerkennung haben, wie noch an geeigneter Stelle ausgeführt wird. Einschlägige Erörterungen im Schrifttum versuchen sich bisweilen in sehr verdienstvoller kasuistischer Aufarbeitung, ohne dabei indessen den gemeinsamen Nenner zu finden.

Was aber könnte dieser gemeinsame Nenner sein? Lassen Sie mich eine These nutzen, die diesen gemeinsamen Nenner darstellen und somit zu einer handhabbaren Begriffsklärung beitragen könnte. Der „bewaffnete Angriff“ ist ein *finaler Begriff*. Das bedeutet: Jeder bewaffnete Angriff ist ausnahmslos und schon seinem sachlogischen Begriffskern nach notwendigerweise *zweckbestimmt*. Die in den beiden Begriffsteilen offensichtliche Verknüpfung von Handlung (Angriff) und Mittel (Waffe) lassen des Weiteren eine ebenfalls zwingende Kennzeichnung des Zwecks zu: Er ist stets auf eine *gewaltsame* Schädigung gerichtet. Dieser dem Angriff immanente Zweck der gewaltsamen Schädigung wiederum verlangt zwangsläufig die Bestimmung ihres Objekts, des Angriffsobjekts. Diese Finalität, d.h. diese Zweckbestimmtheit des bewaffneten Angriffs, ist das genaue Gegenteil naturgesetzlicher Kausalität, denn sie kann nur von menschlichem Bewusstsein initiiert, geplant und verwirklicht werden – natürlich unter Dienstbarmachung kausaler Abläufe wie z.B. der Detonation von Sprengkörpern oder der Auslösung aller sonstigen Schädigungsmittel.

Bis zu diesem Punkt haben wir den Begriff des „bewaffneten Angriffs“ also ausschließlich über Merkmale analysiert, die ihm von seiner gewöhnlichen Wortbedeutung und seinem Sinngehalt her zukommen – und zwar unbedingt, als eindeutige Kennzeichnung einer Tatsachenlage –, ohne dass wir bereits seine Verortung im Völkerrecht in den Blick genommen haben. Das Völkerrecht setzt nun an diesen Merkmalen in ihrer Gesamtheit sowie an einzelnen von ihnen an und regelt sowie begrenzt sie damit *rechtlich*.

Beginnen wir mit der Gesamtheit, d.h. mit der Frage, unter welcher Voraussetzung ein bewaffneter Angriff überhaupt vom Völkerrecht erfasst wird. Die Antwort findet sich in der durch die UN-Charta garantierten inneren Souveränität, der Verfassungsautonomie des Staates. Soweit nämlich sämtliche Merkmale eines bewaffneten Angriffs – seine Initiierung, Planung und Verwirklichung – ausschließlich auf dem Hoheitsgebiet des betroffenen Staates zu verzeichnen sind, verbleibt auch ihre rechtliche Bewältigung in der Verfassungsautonomie des Staates. Es ist in diesem Falle der Staat, der kraft seines Gewaltmonopols sicherstellt, dass auf seinem Hoheitsgebiet die Anwendung von Waffengewalt gegen seine Schutzgüter unverhinderlich bleibt. Der Staat stellt dies sicher durch entsprechende Regelungen seiner Rechtsordnung, die in der Regel von einem strikten Kriegswaffenverbots- und Kontrollrecht über das Strafrecht bis zum verfassungsgemäßen Notstandsrecht reichen und die durchzusetzen der Staat bereit und imstande sein muss. Das Völkerrecht beeinflusst diese Wahrnehmung des staatlichen Gewaltmonopols über einschlägige Menschenrechte, über Mindestgarantien wie denen der gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Rotkreuz-Konventionen oder ihres 2. Zusatzprotokolls, nicht aber über das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 der Charta, das hier nicht eingreift. Allenfalls kann über Art. 39 UN-Charta ein Tätigwerden des Sicherheitsrates zulässig sein.

9 Siehe z.B. bereits die USA im Verlauf der parlamentarischen Beratung des Nordatlantikvertrags, oben Fn. 5.

10 ICJ Rep. 1986, S. 14, (104).

11 ICJ Rep. 2003, S. 161 (195 f).

12 ICJ Rep. 2004, S.136 (194).

13 ICJ Rep. 2006, S. 1 (53).

Erst und nur dann, wenn eines oder gar alle Merkmale des Angriffs außerhalb der Verfassungsautonomie des betroffenen Staates, also in dem Bereich zwischen ihm und anderen Staaten – im internationalen Bereich – auftreten, beginnt in Bezug auf die Legalisierung der reaktiven Gewalt der Wirkungsbereich des Völkerrechts. Der klare Fall eines bewaffneten Angriffs liegt vor, wenn ein Staat durch seine Organe Waffengewalt gegen das Hoheitsgebiet eines anderen Staates oder gegen dessen staatszugehörige mobile oder stationäre Einrichtungen anwendet, die sich völkerrechtsgemäß in staatsfreien Räumen befinden. Die auf Art. 51 UN-Charta gestützten Verteidigungsbündnisse definieren durchweg den bewaffneten Angriff auf diese und ähnliche Weise, wie etwa Art. 6 Nordatlantikvertrag beispielhaft zeigt.¹⁴

Jedoch hat dieser klare Fall des bewaffneten Angriffs eines Staates auf einen anderen Staat in den vergangenen zwei Jahrzehnten nur noch bei einem Bruchteil der bewaffneten Konflikte vorgelegen, der durchweg unter einem Fünftel lag. Mehr als 80 Prozent waren dagegen asymmetrische oder, wie das Völkerrecht sie nennt, nicht-internationale bewaffnete Konflikte, in denen Staaten jeweils nichtstaatlichen Konfliktparteien gegenüberstanden.¹⁵ Infolgedessen hat sich, namentlich seit dem 11. September 2001, der Staatenpraxis und der Völkerrechtswissenschaft mehrfach das Problem gestellt, ob der zur Selbstverteidigung berechtigende bewaffnete Angriff im Sinne von Art. 51 UN-Charta einen *Staat* als Angreifer voraussetzt oder ob auch der von einer nichtstaatlichen Konfliktpartei mit Waffengewalt geführte Angriff die Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechts erfüllt.

3. Wer kann Angreifer sein?

Zunächst eine negative Annäherung an die Lösung des Problems: Art. 51 spricht allein von einem „bewaffneten Angriff“, ohne damit einen Hinweis auf die völkerrechtliche Qualität des Angreifers zu geben. Wäre Art. 51 eine gewöhnliche Vertragsvorschrift, würde zu prüfen sein, welche Bedeutung dem „bewaffneten Angriff“ im Zusammenhang mit sonstigen die Gewaltanwendung betreffenden Normen der Charta zukommt. Dies würde methodisch zu dem in Art. 2 Nr. 4 geregelten Verbot der Androhung oder Anwendung von Gewalt führen, das an die UN-Mitglieder, also an die Staaten, gerichtet ist. Daraus könnte gefolgt werden, dass nur Staaten, die das Gewaltverbot verletzen, Angreifer sein können. Doch verbietet die eingangs erläuterte Eigenart des Selbstverteidigungsrechts als vor und außerhalb der Charta existentes, der Staatlichkeit immanentes Recht, dieses Recht dadurch einzuschränken,

14 Art. 6 NAV: „Im Sinne des Artikel 5 gilt als bewaffneter Angriff auf eine oder mehrere der Parteien jeder bewaffnete Angriff ... auf das Gebiet eines dieser Staaten in Europa oder Nordamerika ... (und) auf die Streitkräfte, Schiffe oder Flugzeuge, wenn sie sich in oder über diesen Gebieten ... oder wenn sie sich im Mittelmeer oder im nordatlantischen Gebiet nördlich des Wendekreises des Krebses befinden.“

15 Deshalb hält z.B. H. Münkler, Die neuen Kriege, 2. Aufl., 2005, S. 240, den zwischenstaatlichen Krieg für „ein historisches Auslaufmodell, und womöglich sind dies auch die daran gebundenen, weil wesentlich an Staaten adressierten Normen des heutigen Völkerrechts“. Letztere Prognose wäre folgerichtig, wenn das einschlägige Völkerrecht trotz seiner weitgefassten Begriffe (individuelle und kollektive Selbstverteidigung, bewaffneter Angriff, etc.) nicht zu einer der Wirklichkeit angepassten Fortentwicklung und damit zur Selbsterneuerung befähigt wäre.

dass sich der angegriffene Staat nur gegen einen anderen Staat verteidigen darf, vergleichbaren Angriffen eines nichtstaatlichen Angreifers gegenüber aber (völker-)rechtlos ist. Zwar gibt es Hinweise darauf, dass man beim Abschluss der auf Art. 51 gestützten Verteidigungsbündnisse vornehmlich an den Staat als Angreifer gedacht hat, dies aber deshalb, weil damals offensichtlich zuallererst der Staat für befähigt gehalten wurde, einen Angriff mit Waffengewalt zu führen. Man stellte im Übrigen auf die zwischen Staaten übliche Dimension des Angriffs ab, um unbedeutende Zwischenfälle von vornherein auszunehmen. So führte die amtliche Begründung des U.S.-Senats zum Nordatlantikvertrag aus, die Worte *armed attack „do not mean an incident created by irresponsible groups or individuals, but rather an attack by one state upon another.“*¹⁶ Hier werden geringfügige Zwischenfälle aus dem Angriffsbegriff ausgeschlossen, nicht aber Staaten als ausschließliche, sondern als „eher“ in Betracht kommende Angreifer qualifiziert.

Gewichtiger ist die Position, die der IGH in seinem Gutachten zum israelischen Grenzzaun auf palästinensischem Gebiet einnahm. Hier heißt es schlicht, Art. 51 UN-Charta erkenne die Existenz eines unveräußerlichen Selbstverteidigungsrechts im Falle eines bewaffneten Angriffs eines Staates gegen einen anderen Staat an. Israel habe jedoch nicht vorgetragen, dass die abzuwehrenden Angriffe einem Staat zuzurechnen seien.¹⁷ Im Kongo-Uganda-Fall verwies der IGH bestätigend auf diese Position.¹⁸ Im Grenzzaun-Fall widersprach die Richterin Higgins der Richtermehrheit in einem Sondervotum mit dem durchaus zutreffenden Argument, dass im Text des Art. 51 UN-Charta nichts zu finden sei, was das Selbstverteidigungsrecht nur auf den bewaffneten Angriff eines *Staates* beschränke.¹⁹ Der IGH ist in der Tat jegliche Begründung seiner in die Form einer schlichten Behauptung gekleideten Position schuldig geblieben. Dabei hätte der Gerichtshof allen Anlass gehabt, angesichts der Staatenpraxis, die jedenfalls nach dem 11. September 2001 allseits offenkundig war, mehr als eine derartige Behauptung aufzuwenden. Immerhin hatte der UN-Sicherheitsrat in den auf den Terrorangriff bezogenen Resolutionen 1368 und 1373²⁰ das „unveräußerliche“ Selbstverteidigungsrecht in Bezug genommen. Die Mitgliedstaaten der NATO sahen einhellig erstmals in der Geschichte der Militärrallianz den Bündnisfall als gegeben an,²¹ der explizit einen bewaffneten Angriff im Sinne des Art. 51 UN-Charta voraussetzt.

Doch abgesehen von der „9/11-Situation“, in der ein Eingreifen des Selbstverteidigungsrechts und mithin das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs angenommen worden ist, steht die unbegründete Behauptung des IGH im Grenzzaun-Fall im Widerspruch zu der völkerrechtlichen Argumentation, die der Gerichtshof selbst im Nicaragua-Fall vertreten hat. Dort heißt es zum Selbstverteidigungsrecht wörtlich: „... the Charter, having

16 Siehe oben Fn. 5.

17 ICJ Rep. 2004, S.136 (194).

18 ICJ Rep. 2006, S. 1 (53 f.).

19 ICJ Rep. 2004, S. 136 (215).

20 U.N.Doc.S/Res/1368 vom 12.09.2001; S/Res/1373 vom 28.09.2001.

21 Am 2.10.2001 stellte der gem. Art. 9 NAV zuständige Nordatlantikrat nach Entscheidung der Mitgliedstaaten das Vorliegen des Bündnisfalls gem. Art. 5 NAV fest, wobei die Mitgliedstaaten diese Feststellung davon abhängig gemacht hatten, dass der Terrorangriff auf das WTC von außen verursacht worden sei. Dies wurde auf Grund der Beteiligung des Netzwerkes Al-Qaida als vorliegend erachtet.

itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content ... It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which subsumes and supersedes customary international law.“²² Wenn es aber so ist, dann hätte der IGH zumindest einen Blick auf die Staatenpraxis werfen müssen, bevor er im Grenzzaun-Fall die beiläufige Behauptung von der vorauszusetzenden Staatseigenschaft des Angreifers aufstellte.

Die bisher gründlichste Untersuchung der Staatenpraxis hat Gregor Wetberg mit seiner 2007 veröffentlichten Dissertation „The International Legality of Self-Defense Against Non-State Actors“ vorgelegt.²³ Der Autor gelangt zu dem umfassend und überzeugend begründeten Ergebnis, dass nichtstaatliche Verbandseinheiten, die zwischenstaatlich handeln und fähig sind, einen bewaffneten Angriff von der in Art 51 UN-Charta herkömmlich erfassten Größenordnung durchzuführen, damit als Urheber eines solchen Angriffs folgerichtig das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht auf Seiten des angegriffenen Staates auslösen können. Der polnische Völkerrechtler Jerzy Kranz gelangt in seiner bereits zitierten, soeben erschienenen Schrift nach zutreffender Analyse u.a. der Sicherheitsratspraxis zum gleichen Ergebnis.²⁴ Die von mir im Vorigen entwickelte Kennzeichnung des Angriffs als eines finalen Begriffs, der über Initiierung, Planung und Durchführung durch den Zweck der gewaltamen Schädigung des Angegriffenen bestimmt ist, entspricht ebenfalls diesem Ergebnis.

Aus der Zweckbestimmtheit des Angriffs aber folgt ein Weiteres: Wird richtigerweise hinsichtlich des letzten Angriffselements auf den Angegriffenen und die diesen treffende gewaltsame Schädigung abgestellt, dann ist es nicht Aufgabe juristischer Akribie, darüber zu rechten, ob die Waffe oder die Waffen, mit denen der Angriff geführt wird, typische „militärische“ Waffen sind, mit denen üblicherweise reguläre Streitkräfte von Staaten ausgerüstet sind, oder ob es sich zumindest um „militärähnliche“ Waffen oder aber um derartigen Waffen in ihrer großformatigen Wirkung gleiche Mittel handeln muss. Für eine solche feinsinnige Ausdifferenzierung gibt die UN-Charta keinerlei Anhaltspunkte. Wer in einem bewaffneten Angriff nicht ein Naturereignis sehen will, sondern wirklichkeitsgerecht eine stets von Menschen initiierte, geplante und durchgeführte Gewaltaktion zur Schädigung anderer – einem Staat zugehöriger – Menschen, der wird nicht auf das (militärische oder nicht-militärische) Gewaltinstrument, sondern auf die Dimension seiner gewaltam schädigenden Wirkung abstellen müssen. Dass beispielsweise der Angriff eines Staates mittels des Abwurfs einer Tonnen-Bombenlast auf einen Großflughafen zweifelsfrei einen bewaffneten Angriff darstellt, wogegen der Einsatz der gleichen Sprengstofflast gegen ein gleiches Ziel mit einem zivilen Frachtflugzeug durch einen einer internationalen Terrororganisation zugehörigen Selbstmordpiloten kein zur Selbstverteidigung berechtigender bewaffneter Angriff sein soll, würde den Kern der Selbstverteidigung als ein der Staatlichkeit immantes Recht zur Abwehr eines bewaffneten Angriffs von außen

22 ICJ Rep. 1986, S.14 (94).

23 G. Wetberg, The International Legality of Self-Defense Against Non-State Actors. State Practice from the U.N. Charter to the Present, European University Studies Vol. 4623, 2007, passim, insbes. zusammenfassend S. 228.

24 Siehe oben Fn. 8, S. 62.

verfehlten. Eine solche Auffassung wäre ein Paradebeispiel dafür, wie juristische Auslegungskunst zuweilen der Wirklichkeit enteilt oder vor ihr die Augen verschließt, so dass geltendes Recht die Wirklichkeit nicht mehr zu erfassen vermag.

Gerade solche und ähnliche Folgen sollten nicht aus unserem Blickfeld geraten, wenn das Selbstverteidigungsrecht auf die Abwehr allein eines angreifenden Staates beschränkt wird. Ein international aktiver nichtstaatlicher Angreifer initiiert, plant und führt seinen Angriff nie ohne Nutzung irgendeines staatlichen Hoheitsgebiets. Erfolgt dies mit Duldung der dort zuständigen Staatsorgane, dann könnte der angegriffene Staat den „Gastgeber-Staat“ des nichtstaatlichen Angreifers zwar der völkerrechtswidrigen Intervention oder sogar eines Verstoßes gegen das Gewaltverbot bezichtigen, was zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit, d.h. zur Haftung des Gastgeber-Staates mit den Rechtsfolgen der Wiedergutmachung und Genugtuung führen würde.²⁵ Der angegriffene Staat könnte sich gegenüber dem Gastgeber-Staat aber nicht auf das Selbstverteidigungsrecht berufen und damit auch keine militärischen Gegenmaßnahmen gegen den Gastgeber-Staat richten. Der UN-Sicherheitsrat und die NATO-Staaten sind dieser Auffassung seinerzeit gegenüber dem von den Taliban beherrschten Afghanistan nicht gefolgt. Die Beschränkung des möglichen Angreifers auf Staaten hätte zur Folge, dass jedwede international aktive Terroristenvereinigung sich nur um einen Gastgeber-Staat als „sicheren Hafen“ bemühen müsste, um vor der sofortigen militärischen Abwehrreaktion des angegriffenen Staates sicher zu sein.

4. Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigung

Die Selbstverteidigung ist – wie jedes Recht schon kraft seiner Eigenart als sozialsteuerndes Verhaltensmuster – begrenzt. Diese Begrenzung ergibt sich aus dem Gebot, dass die Verteidigung notwendig und gegenüber dem bewaffneten Angriff verhältnismäßig sein muss. Der IGH hat die Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigung wiederholt – vom Nicaragua-Fall bis zum Ölinsel-Fall – dahingehend gekennzeichnet, dass es sich um Maßnahmen handeln müsse, „which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it“; dieses sei „a rule well established in customary international law“.²⁶ Der Gerichtshof hat somit das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht aus dem Vertragsrecht der UN-Charta abgeleitet, sondern als gesichertes Gewohnheitsrecht angesehen, wobei es durchaus angängig ist, dieses Prinzip auch als im Charta-Text verankert zu sehen. Wenn nämlich nach Art. 51 das Selbstverteidigungsrecht ausgeübt werden darf, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, dann folgt daraus bereits rechtslogisch, dass der angegriffene Staat über diese Erforderlichkeit mit seiner Gegenwehr auch nicht hinausgehen darf. Gesichert ist jedenfalls, dass Selbstverteidigung verhältnismäßig gegenüber dem bewaffneten Angriff zu sein hat.

25 Hierzu K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., 2004, § 40 Rdnr. 15-17.

26 So z.B. ICJ Rep. 1986, S. 14 (94); 2003, S. 161 (196 f.).

II. Die verfassungsrechtliche Dimension des Verteidigungsbegriffs

Wenden wir uns nun der Frage zu, was „Verteidigung“ in unserem Grundgesetz bedeutet. Der Begriff „Verteidigung“ findet sich in den Artikeln 73 Nr. 1, 79 Abs. 1 sowie 87a Abs. 1 und 2 GG. Die beiden ersten, im VII. Abschnitt „Gesetzgebung des Bundes“ verorteten Vorschriften haben hinsichtlich des Verteidigungsbegriffs als Schlüsselbegriff für die bewaffnete Abwehr äußerer Angriffe kaum je ein besonderes wissenschaftliches Interesse erweckt, dafür umso mehr die beiden Absätze des Art. 87a, die sich auf Zweck und Einsatz der deutschen Streitkräfte beziehen. Art. 87a, der seine geltende Fassung erst im Rahmen des verfassungsändernden Gesetzes zur Notstandsverfassung von 1968 erhalten hat, enthält mit seiner Qualifizierung der Bundeskompetenz einer Aufstellung von Streitkräften „zur Verteidigung“ und seiner ausdrücklichen Zweckbestimmung ihres Einsatzes „zur Verteidigung“ gleich eine doppelte verfassungsrechtliche Absicherung der Bundesrepublik dagegen, in die Nähe des Angriffskriegsverbots gemäß Art. 26 GG zu geraten. Das Verbot des Angriffskriegs ist die eine Schranke, welche die Verfassung der Verteidigung setzt. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die andere Schranke. Insoweit besteht jedenfalls von der Grundkonstruktion her die Übereinstimmung von Verfassung und Völkerrecht. Diesen Befund haben Teile des einschlägigen verfassungsrechtlichen Schrifttums lange nicht beachtet, wofür die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest mitursächlich war.

1. „Verteidigung“ in der Rechtsprechung des BVerfG

Wenn es im verfassungsrechtlichen Schrifttum um den Nachweis geht, was das BVerfG zum Begriff der „Verteidigung“ gesagt hat, dann findet sich zumeist eine Zitatenkette, die vom 28. bis zum 69. Band der Entscheidungssammlung des Gerichts reicht. Wer den Feststellungen des Gerichts nachgeht, der trifft unter den angegebenen Fundstellen auf Aussagen zur grundgesetzlichen Entscheidung für die „militärische Verteidigung“,²⁷ zur „militärischen Landesverteidigung“,²⁸ zur „Verteidigung gegen bewaffnete Angriffe“ als Zweck der Streitkräfte sowie zur Gewährleistung einer „funktionstüchtigen Verteidigung“ im Rahmen bestehender Bündnisverpflichtungen²⁹ und schließlich sogar zur „wirksamen militärischen Landesverteidigung“.³⁰ Diese Aussagen erfolgten allerdings überwiegend im Rahmen von Entscheidungen, bei denen es schwerpunktmäßig um andere Verfassungsprobleme als um den Verteidigungsbegriff ging – die ersten Entscheidungen betrafen übrigens Probleme des Grundrechts der Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe nach Art. 4 Abs. 3 GG. Deshalb war das Gericht von der Sache her nicht dazu aufgerufen, über die zitierten kurzen Feststellungen hinaus Grundlegendes zum verfassungsrechtlichen Verteidigungsbegriff auszuführen. Eben deshalb hätte an sich

27 BVerfGE 28, 243 (261).

28 BVerfGE 48, 127 (159).

29 BVerfGE 48, 127 (160).

30 BVerfGE 69, 1 (21).

auch das Schrifttum keinen Anlass gehabt, einen Zugang zum Verteidigungsbegriff über diese Wendungen zu suchen.

In der Folgezeit erhielt das BVerfG jedoch mehrfach die Chance, sich eingehend mit den für die Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes auseinanderzusetzen. Dies galt insbesondere für die Entscheidungen über verfassungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Stationierung nuklearer und chemischer Kampfmittel der USA auf deutschem Hoheitsgebiet 1984³¹ und 1987.³² Beide Entscheidungen enthalten indessen keine klärenden geschweige denn grundlegende Ausführungen zum Verteidigungsbegriff. Überhaupt ist die verteidigungsbezogene Rechtsprechung des BVerfG wie auch die Wehrverfassung des GG selbst derart auf die Bündnissituation konzentriert, in die die Bundesrepublik seit ihrer Rekonstituierung hineingewachsen war, dass dies den Zugang zu einer ebenso umfassenden wie tiefgehenden Analyse der Verteidigung als immanentes Element der Staatlichkeit jedenfalls auf der Verfassungsebene verhinderte.³³

Dies gilt insbesondere für die Leitentscheidung des BVerfG zum Außeneinsatz der deutschen Streitkräfte, für die AWACS-, Somalia- und Adria-Entscheidung vom 12. Juli 1994.³⁴ Obwohl das Gericht jeglichen Außeneinsatz deutscher Streitkräfte – auch den zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung – an eine aus dem GG abgeleitete, grundsätzlich vorher einzuholende Zustimmung des Bundestags band, wurde wiederum die (*hier* sich geradezu aufdrängende) Gelegenheit versäumt, etwas dazu auszuführen, was dieser nunmehr souveräne Staat im Rahmen seiner Völkerrechtsbindung unter Selbstverteidigung versteht. Schon in der ungewöhnlich zeitaufwendigen mündlichen Verhandlung zeigte sich kein Interesse des erkennenden Senats in dieser Richtung. Ich habe an diesem Verfahren als Prozessbevollmächtigter der Bundesregierung teilgenommen und kann deshalb aus Erfahrung und mit großer Überzeugung sagen: Ich halte das Urteil im Ergebnis, d.h. in Bezug auf den Parlamentsvorbehalt für den Außeneinsatz, für völlig richtig, die Begründung dagegen für misslungen. Dies im Einzelnen auszuführen, würde den thematischen Rahmen meiner Ausführungen sprengen.³⁵ Ich will deshalb unter Inkaufnahme einer in der Kürze zumeist liegenden Vergrößerung sagen: Der Senat beschäftigte sich in der mündlichen Verhandlung beinahe mehr damit, was die Bundeswehr darf, als damit, was die Bundesrepublik Deutschland darf, wenn sie vor der Frage steht, Waffengewalt anwenden zu müssen.

Auch die drei neueren Entscheidungen des BVerfG, die Verteidigungsbezüge enthalten, haben das dargelegte Defizit nicht ausgeglichen: In seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz vom 15. Februar 2006 streifte das Gericht die Möglichkeit, dass die World-Trade-Center-Situation ja auch einen Angriff von außen als Beginn oder Teil eines bewaffneten Konflikts darstellen

31 BVerfGE 68, 1.

32 BVerfGE 77, 170.

33 Näher K. Ipsen, Verfassung und Verteidigung – Zur sicherheitsbezogenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS F.E. Schnapp, 2008, S. 125 ff.

34 BVerfGE 90, 286; ausführlich zu dieser Leitentscheidung K. Dau/G. Wöhrmann (Hrsg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte – Eine Dokumentation des AWACS-, des Somalia- und des Adria-Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, 1996.

35 Siehe K. Ipsen, oben Fn. 33. S.131 ff.

könnte, mit einem knappen, beiläufigen Hinweis darauf, dass die umstrittene Vorschrift des LuftSiG einen „nichtkriegerischen Luftzwischenfall“ voraussetze bzw. Streitkräfteinsätze „nichtkriegerischer Art“ vorsähe.³⁶ Das Gericht vermied damit sogar die Verwendung hier gebotener Völkerrechtsbegriffe. Die Entscheidung zum erweiterten ISAF-Mandat vom 3. Juli 2007 veranlasste das Gericht zwar zu einem Hinweis darauf, dass sich die Operation Enduring Freedom in Afghanistan auf Art. 51 UN-Charta berufen hätte, wovon das ISAF-Mandat unabhängig sei, wiewohl es vor dem Hintergrund der Selbstverteidigung zu sehen sei, aber eine Prüfung der Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht sei nicht geboten.³⁷ Und schließlich hätte es in der AWACS/Türkei-Entscheidung vom 7. Mai 2008³⁸ nahe gelegen, etwas zur kollektiven Selbstverteidigung zu sagen, was indessen unterblieben ist.

2. Positionen des jüngeren Schrifttums

Das Vakuum, das mithin das BVerfG hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Verteidigungsbegriffs zugelassen hat, ist – wie in derartigen Fällen üblich – mit unterschiedlichen Meinungen vom Schrifttum ausgefüllt worden, wobei im Weiteren vorwiegend auf das einschlägige Kommentar-Schrifttum der jüngsten Zeit Bezug genommen sei. So wird unter „Verteidigung“ im Sinne des GG im Anschluss an die eher beiläufigen Feststellungen des BVerfG in erster Linie die militärische Landesverteidigung zur Abwehr von bewaffneten Angriffen verstanden.³⁹ Darüber hinaus müsse die „Bündnisverteidigung“ im Sinne des Nordatlantikvertrags und die kollektive Selbstverteidigung gemäß Art. 51 UN-Charta in den Verteidigungsbegriff eingeschlossen sein. Lediglich angemerkt sei, dass diese Zweiteilung nichts bringt, weil die Bündnisverteidigung stets kollektive Verteidigung ist. Einengend wird dagegen vertreten, dass die verfassungsrechtlich zulässige Verteidigung, wenn sie mehr als „Landesverteidigung“ ist, zu *dieser* zumindest einen besonderen Bezug wie etwa durch ein Bündnis haben müsse.⁴⁰ Dass sich dies aus dem Grundgesetz auch nur ableiten lässt, ist allerdings nicht ersichtlich. Weiterhin vertreten wird nach wie vor, dass Angreifer nur ein Staat sein kann, ein bewaffneter Angriff in jedem Falle aber einem Staat zurechenbar sein müsse.⁴¹ Auch hierfür lässt sich im Grundgesetz keine überzeugende Herleitung finden.

Selbst Autoren, die eine Staatsqualität des Angreifers verfassungsrechtlich nicht für erforderlich halten, öffnen für diese Qualifizierung des Angreifers wiederum eine Hintertür, indem sie einen „militärischen“ Angriff als Voraussetzung der Vertei-

36 BVerfGE 115, 118 (153, 157).

37 BVerfGE 118, 244 (267 f.).

38 BVerfGE 121, 135. In dieser Entscheidung, führte das Gericht – missverständlich – sogar aus, dass sich die Befugnis zum Waffeneinsatz auch ohne entsprechendes Mandat daraus ergeben könne, dass Selbstverteidigung erlaubt sei (S. 155).

39 So z.B. M. Allmendinger/A. Kees, „Störtebekers Erben“. Die Seeräuberei und der deutsche Beitrag zu ihrer Bekämpfung, NZWehr. 2008, S. 60 (64), unter Berufung auf die oben (Fn. 28-32) zit. BVerfG-Entscheidungen.

40 Auf diese mögliche Abgrenzung verweist J. Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 87a, Rdnr. 21.

41 S. Schmahl, in: Soda, Grundgesetz, 2009, Art 87a, Rdnr.7.

digung verlangen⁴² und damit nicht berücksichtigen, dass das „Militär“ zwar kein deutscher Verfassungsbegriff, aber jedenfalls in den gängigen europäischen Sprachen ein Sammelbegriff für die regulären Streitkräfte von Staaten ist. Sollte damit lediglich die *Art* des Angriffs beschrieben werden, ließe sich wiederum keine stützende Regelung in der Verfassung finden, es sei denn, man wolle dafür Sorge tragen, dass die zur Verteidigung einsetzbare Bundeswehr auch einen adäquaten Gegner erhält, was indes auch nicht grundgesetzlich zu begründen wäre. Weitere Unterscheidungsversuche wie die zwischen Territorialverteidigung und Personalverteidigung seien nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Auch sie lassen sich nicht dem Grundgesetz entnehmen.

In jüngster Zeit mehren sich die Stimmen, die den verfassungsrechtlichen Begriff der Verteidigung durch das Angriffskriegsverbot des Art. 26 GG als begrenzt ansehen und ansonsten auf das verweisen, was gemäß Art. 51 UN-Charta völkerrechtlich erlaubt ist.⁴³ Ob dies einer wachsenden Tendenz der Lehre entspricht, lässt sich angesichts des traditionell restriktiv verstandenen Verteidigungsbegriffs noch nicht absehen, ist doch die Schlüsselentscheidung des BVerfG vom 12. Juli 1994 nicht etwa ergangen, weil die Antragsteller des Verfahrens den vom Gericht eingeführten Parlamentsvorbehalt erreichen wollten, sondern weil sie festgestellt wissen wollten, dass der Bundeswehreinsatz „out of area“, d.h. außerhalb des NATO-Gebiets, verfassungswidrig sei. Mit diesem – völkerrechtlich ohnedies unerheblichen – Argument hat sich die Bundesrepublik trotz ihrer UN-Mitgliedschaft seit 1973 jahrelang von internationalem Streitkräfteinsätzen ferngehalten.

Ein inhaltsgleiches Verständnis des verfassungsrechtlichen und des völkerrechtlichen Verteidigungsbegriffs würde die Bundesrepublik keinesfalls – wie hier und dort von den früheren Vertretern des vorgenannten „Verfassungsarguments“ befürchtet werden mag – irgendwelchen sicherheitspolitischen Pressionen zum Streitkräfteinsatz aussetzen, denn die kollektive Selbstverteidigung, um die es in diesem Zusammenhang nur gehen kann, ist gemäß Art. 51 UN-Charta ein *Recht*, aber keine *Pflicht* des Staates. Lediglich angemerkt sei, dass die Bündnispflichten für den Angriffsfall im Nordatlantikvertrag wie auch im EU-Vertrag in der Lissabonner Fassung nicht über die von den Vertragsparteien zu entscheidende Wahrnehmung des Rechts zur kollektiven Selbstverteidigung hinausgehen.

Doch selbst bei den Autoren, die neuerdings den verfassungsrechtlichen und den völkerrechtlichen Begriff gleichstellen, lässt zum Teil die Begründung zu wünschen übrig. So wird unter Berufung auf das BVerfG vom Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung des Verteidigungsbegriffs der Verfassung gesprochen,⁴⁴ wobei unberücksichtigt bleibt, dass das BVerfG den höheren Rang des Verfassungsrechts keineswegs in Abrede gestellt hat, sondern zutreffend lediglich von einer Abstim-

42 So z.B. M. Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 2005, Art. 87a, Rdnr. 47, der Staatsqualität des Angreifers nicht für erforderlich hält, jedoch einen „in seiner Art und Wirkung als militärahnlich“ einzustufenden Angriff nicht genügen lässt, sie Rdnr. 48; siehe auch V. Epping, Beck'scher Online-Kommentar, 2009, Art. 87a BII5.

43 So M. Baldus, oben Fn. 42, Rdnr. 47; V. Epping, oben Fn.43; W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 87a, Rdnr. 11; J. Kokott, oben Fn. 40, Rdnr. 9 ff, insbes. 13.

44 Siehe z.B. Baldus, ebd., Rdnr. 41.

mung des Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht gesprochen und Letzterem nur die Funktion einer „Auslegungshilfe“ für das Verfassungsrecht zuerkannt hat.⁴⁵

3. Verteidigung als allgemeine Regel des Völkerrechts i.S. Art. 25 GG

Das völkerrechtliche Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung muss indessen nicht auf die bloße Rolle einer Hilfe für die Auslegung der Verfassung reduziert werden. Das in Art. 51 UN-Charta enthaltene unveräußerliche Recht stellt unbestritten und unbestreitbar eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG dar, die in unserer Rechtsordnung mit Vorrang vor den Bundesgesetzen gilt. Das steht ausdrücklich in dieser Verfassungsnorm. Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden, also auch die Bundesregierung, wenn sie die deutschen Streitkräfte zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung einsetzen will – selbstverständlich mit Zustimmung des Bundestags. Wer also dem verfassungsrechtlichen Verteidigungsbegriff einen anderen – erweiterten oder engeren – Inhalt beimessen will als über Art. 25 GG in unsere Rechtsordnung aufgenommen, der muss diesen Nachweis aus der Verfassung selbst antreten, und zwar mit Argumenten, deren Gewicht dem Vorrang dieser Regel des allgemeinen Völkerrechts vor unseren Gesetzen entspricht. Dass ein solcher Nachweis einem der Protagonisten eines engeren Verteidigungsbegriffs gelungen ist, sehe ich bislang nicht. Ich halte daher die inhaltliche Gleichsetzung des verfassungsrechtlichen und des völkerrechtlichen Verteidigungsbegriffs für zutreffend.

III. Zusammenfassung

Lassen Sie mich nun in sieben Punkten zusammenfassen:

1. Die individuelle und kollektive Selbstverteidigung ist ein Recht, das von der UN-Charta nicht begründet, sondern von ihr als der Staatlichkeit immanent vorausgesetzt und als solches von der Charta anerkannt und bewahrt wird.

45 BVerfGE 111, 307 (317).

2. Der bewaffnete Angriff als Voraussetzung der Selbstverteidigung ist ein finaler Begriff, der die Initiierung, Planung und Durchführung einer gewaltsamen Aktion mit dem Zweck der Schädigung des Angegriffenen beinhaltet, wobei eins oder mehrere dieser Elemente im zwischenstaatlichen Bereich zu verzeichnen sein müssen, denn staatsinterne Gewaltanwendung hat der souveräne Staat gemäß seiner Rechtsordnung zu bewältigen.
3. Angreifer kann ein Staat oder eine nichtstaatliche Verbandseinheit sein, die Angriffsfähigkeit besitzt und durch einen entsprechenden Gewaltakt nachweist.
4. Die Verteidigung muss notwendig und verhältnismäßig in Bezug auf den bewaffneten Angriff sein.
5. Der Verteidigungsbegriff des Grundgesetzes ist verfassungsimmanent durch das Angriffskriegsverbot und durch das aus dem Rechtsstaatsgrundsatz folgende Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt. Weitergehende Verengungsversuche der Lehre finden keine hinreichenden Ansatzpunkte in der Verfassung.
6. Das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht ist eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG und ist damit ein Bestandteil unserer Rechtsordnung, der den Gesetzen vorgeht. Ein demgegenüber engerer verfassungsrechtlicher Verteidigungsbegriff würde eine gleichgewichtige Argumentation verlangen, wie sie bisher nicht entwickelt worden ist.
7. Die Bundesregierung ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das durch Art. 25 GG in unsere Rechtsordnung einbezogene Verteidigungsrecht gebunden, wenn sie vorbehaltlich der Zustimmung des Bundestags die Streitkräfte zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung einsetzen will.

Ich habe mit einigen Worten zu Dieter Lutz begonnen und möchte mit einigen Worten von Dieter Lutz schließen, die sich in einem Beitrag finden, den er mir zum 65. Geburtstag gewidmet hat⁴⁶ und die als Mahnung über diesen meinen Ausführungen stehen sollten:

„Angriff und Verteidigung dürfen nicht zu Siegerdefinitionen verkommen.“

46 D.S. Lutz, Von Siegerdefinitionen und „Dirty Secrets“, zweifelsfreier Gewißheit und einseitiger Parteinausnahme. Anmerkungen zum Kosovo-Krieg der NATO, in: FS K. Ipsen, 2000, S. 265 (274).