

## Die Tornado-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – zwischen Friedenswahrung und Angriffskrieg<sup>1</sup>

Auf diese Entscheidung hatte die Friedensbewegung Hoffnungen gesetzt: Der Einsatz von Tornado-Flugzeugen der Bundeswehr in Afghanistan wurde als Anwendungsfall der neuen NATO-Strategie von 1999 gesehen, die das Gericht als solche bereits 2001 untersucht hatte. Auch wenn diesmal das Ergebnis enttäuscht, es sollte auch nicht falsch interpretiert werden.

### 1. Hintergrund der Entscheidung

Die neue Strategie von 1999 sieht bekanntlich die Bereitschaft der NATO vor, »einen Beitrag zur Konfliktverhütung zu leisten und nicht unter Art. 5 des NATO-Vertrages fallende *Krisenreaktionsseinsätze* durchzuführen«. Das Gericht hatte allein darüber zu entscheiden, ob die neue Strategie eine zulässige Weiterentwicklung der Ausgangsstrategie von 1991 darstellte – oder eine unzulässige »Änderung« des Vertrages von 1953. Die neue NATO-Strategie erhielt am Ende als (noch) zulässige »Fortentwicklung« den Segen der höchsten deutschen Richter, aber eben nur mit dieser engen Fragestellung.

Das gleiche Gericht (wenn auch mit anderen Richterinnen und Richtern) hatte 1994 immerhin so etwas wie die Demokratie auf dem neuen Feld der Auslandseinsätze entdeckt: Es hatte verlangt, dass nicht nur die Regierung, sondern auch das Parlament solchen Einsätzen zustimmen muss. Was ist aber, wenn dem Bundestag immer wieder die falsche Frage vorgelegt wird? Wenn immer nur über konkrete NATO-Einsätze abgestimmt wird, anstatt über die generelle NATO-Strategie? Und was ist dann, wenn das Parlament dazu gar nicht gefragt werden will? Dann muss eben jemand gegen ein solches Verhalten der Bundesregierung klagen, und zwar im Namen des Parlaments. Er oder sie muss das Parlament dann eben zu seinem Glück zwingen.

Irgendjemand war diesmal die Fraktion Die Linke. Sie behauptete, dass der NATO-Vertrag mit Hilfe der Bundesregierung »jetzt aber« so weit fortentwickelt worden sei, dass damit die Rechte des Deutschen Bundestages verletzt worden seien (Verträgen und ihren Änderungen muss das Parlament durch ein Gesetz zustimmen). Nur darum ging es in dem Verfahren!

Entgegen einer weit verbreiteten Meinung ging es in der Entscheidung also nicht darum, ob

- die Reaktion auf die Anschläge des 11. September 2001 im Allgemeinen,
  - der Afghanistan-Einsatz, d.h. ISAF (International Security Assistance Force) oder OEF (Operation Enduring Freedom) und
  - der Tornado-Einsatz im Speziellen
- mit dem Grundgesetz bzw. dem Völkerrecht vereinbar sind.

<sup>1</sup> Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2007 – 2 BVE 2/07 – EuGRZ 2007, 331 = NVwZ 2007, 1039.

Im Klartext wurde also gar nicht kontrolliert, ob die Einsätze rechtmäßig sind, es wurden nur die Befugnisse zwischen Parlament und Bundesregierung abgegrenzt – und auch das nur, soweit eine einzelne Fraktion sie überhaupt *im Namen des gesamten Parlaments* rügen kann.

## 2. Die Argumente der Beteiligten

Die Linke hatte Beispiele vorgebracht, die nach ihrer Ansicht die Zustimmung des gesamten Bundestages durch ein Gesetz (statt nur durch einen Einsatzbeschluss im Rahmen des alten Zustimmungsgesetzes von 1953) erfordert hätten:

- den Beschluss des NATO-Rats zur Änderung des ISAF-Organisationsplans und der Einsatzregeln vom Dezember 2005,
- die Erklärung der Staats- und Regierungschefs anlässlich des NATO-Gipfels von Riga vom 28./29. November 2006,
- die zeitgleich verabschiedete »Comprehensive Political Guidance« sowie
- die Überstellung der Tornado-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan unter das Kommando der NATO.

Das Gericht kritisierte, dass die Fraktion nicht hinreichend konkret vorgetragen habe, wodurch die Rechte des Bundestages verletzt würden und welchen Inhalt und welche Wirkung die Maßnahmen hätten. Die Fraktion mache stattdessen die unzulässige Fortentwicklung des NATO-Vertrages vor allem an der NATO-geführten ISAF-Mission in Afghanistan selbst fest, und zwar an

- der Übernahme der Führung der ISAF-Mission im Jahr 2003 und
- der Ausweitung des Einsatzes auf ganz Afghanistan im Jahr 2004.

Für beide Ereignisse sei aber die Sechsmonatsfrist aus § 64 Absatz 3 BVerfGG längst verstrichen. Das lässt kein gutes Haar an der Vorbereitung des Prozesses. Sein Schicksal hing nun an einem einzigen dünnen Faden, dem Beschluss der Bundesregierung vom 7. Februar 2007 über den Einsatz der Tornados, der als »deutscher Umsetzungsbeitrag der gemeinsamen Erklärung des Riga-Gipfels« verstanden werden könne.

### a) Der Beschluss der Bundesregierung vom 7. Februar 2007

Das Grundgesetz habe der Regierung im Bereich auswärtiger Politik einen »weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen«, allerdings seien ihr »verfassungsrechtlich Grenzen gesetzt«.<sup>2</sup> Diese Grenzen werden allerdings vom Gericht nicht sehr deutlich gezogen.

Was das Gericht feststellt, sieht zunächst nach einem Freifahrtschein für die Politik aus: Ein Verhalten der Bundesregierung, das »gegen einzelne Bestimmungen« des NATO-Vertrages verstoße, sei für eine Verletzung der Rechte des Parlaments nicht ausreichend. Das Verhalten müsse vielmehr gegen »wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerks« verstoßen und den »Boden des dort festgelegten politischen Programms« verlassen.<sup>3</sup> Das könnte heißen: Einzelne Verfassungsverstöße sind hinzunehmen, Verstöße gegen wesentliche Struktur-

<sup>2</sup> BVerfG vom 3.7.2007 – 2 BvE 2/07 –, Absatz-Nr. 43 und 44, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703\\_2bve000207.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html).

<sup>3</sup> BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 45, vgl. schon BVerfGE 104, 151 (210); vgl. auch *Dietrich Murswiek*, Die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge: verfassungsrechtliche Grenzen und Kontrolle im Organstreit, in: NVwZ 2007, S. 1130–1135; vgl. zur NATO-Strategie allgemein: *Heiko Reiter*, Die neue Sicherheitsarchitektur der NATO. Vom Verteidigungsbündnis zur Interessengemeinschaft, in: KJ 2007, S. 124–143.

entscheidungen der Verfassung sind nicht hinzunehmen. Das wäre aber verfassungsrechtlich und politisch nicht akzeptabel. Die Verfassung bindet die Regierung unmittelbar. Der Maßstab für die demokratisch gewählte Regierung und für ihr Verhalten im Rahmen des NATO-Vertrages ist also die Verfassung, und nicht umgekehrt. Der NATO-Vertrag darf die Verfassung nicht aushöhlen. Vor einer solchen Situation hatte das Gericht schon 1994 gewarnt, als es feststellte, der Vertrag dürfe keinesfalls »auf Räder gesetzt« werden. Leider wird die Entscheidung zum Tornado-Einsatz nicht viel konkreter als die damalige Entscheidung.

Das Grundgesetz schließt es aus, dass die Bundesrepublik Deutschland sich in ein gegenseitiges kollektives System militärischer Sicherheit einordnet, welches nicht der Wahrung des Friedens dient. Darauf besteht das Bundesverfassungsgericht: »Auch die Umwandlung eines ursprünglich den Anforderungen des Art. 24 Abs. 2 GG entsprechenden Systems in eines, das nicht mehr der Wahrung des Friedens dient *oder sogar Angriffskriege vorbereitet*, ist verfassungsrechtlich untersagt und kann deshalb nicht vom Inhalt des [...] Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag gedeckt sein [...]. Damit ist das Gebot der Friedenswahrung stets zwingender Bestandteil der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit; die friedenswahrende Zwecksetzung ist nicht nur einmalige Voraussetzung des Beitritts, sondern fortdauernde Voraussetzung des Verbleibs Deutschlands in dem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.«<sup>4</sup> Zum einen ist es zu begrüßen, wenn die Fortdauer der Zweckbindung derart betont wird, zum anderen, dass diese nicht erst dann überschritten ist, wenn schon ein »Angriffskrieg« vorliegt, der ja ausdrücklich verboten ist. Es fragt sich aber, was eigentlich noch ein Angriffskrieg sein soll, wenn die Möglichkeiten der Krisenreaktion schon bei »friedenswahrenden« Einsätzen derartig weit ausgedehnt werden wie in der neuen NATO-Strategie.

### *b) Beschränkung der NATO auf den »euro-atlantischen Raum« und »Friedenswahrung«*

Nach Ansicht der Fraktion Die Linke wurde aus zwei Gründen der NATO-Vertrag durch das Verhalten der Bundesregierung unzulässig fortentwickelt (»wesentliche Überschreitung des Integrationsprogramms«):

- Es gebe keine regionale Begrenzung des NATO-Vertrags auf den euro-atlantischen Raum mehr (durch die »Führung des nunmehr räumlich und sachlich wiederum erweiterten ISAF-Einsatzes in Afghanistan und in den Gipfelerklärungen von Riga«), und
- die Zweckbindung des Einsatzes (Friedenswahrung) werde verletzt (»durch den ISAF-Einsatz und insbesondere das Zusammenwirken mit der Operation Enduring Freedom«).

### *3. Die Begründung des Gerichts*

Beide Argumente wurden zurückgewiesen. Das Gericht stellt dazu fest: »Bei einem Angriff muss die Verteidigung nicht an der Bündnisgrenze enden, sondern kann auf dem Territorium des Angreifers stattfinden, wobei auch dessen langfristige und stabile Pazifizierung der Sicherung eines dauerhaften Friedens des Bündnisses dient.«<sup>5</sup>

<sup>4</sup> BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 47 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>5</sup> BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 54.

Im Klartext: Die Verteidigungshandlung durch NATO-Soldaten beschränkt sich geographisch nicht auf den euro-atlantischen Raum, es reicht aus, wenn ein externer Angriff *auf diesen Raum* erfolgt. Die Angriffshandlung muss sich weiterhin auf den europäischen Raum beziehen, wird aber *so weit verstanden*, dass sie eigentlich immer (auch) den euro-atlantischen Raum (mit)betrifft.

Versteht man die Angriffshandlung so weit, dann gibt es für die Verteidigungshandlung eigentlich gar keine geographische Begrenzung mehr. Diese Handlung wird auch gar nicht mehr als Verteidigung gegenüber einem Angriff bezeichnet, sondern heißt im NATO-Sprachgebrauch »Krisenreaktion«: Krisenreaktionseinsätze können auch unabhängig von einem äußeren Angriff oder ergänzend zur dauerhaften Befriedung eines Angreifers dem Zweck des NATO-Vertrags entsprechen. Damit ist das neue Strategische Konzept der NATO vom 24. April 1999 angesprochen (Ziffer 31). Dieses billigte das Gericht ja bereits früher in der Theorie (BVerfGE 104, 151, 160 ff.), nun also auch in der Praxis.

Zum Verhältnis von ISAF und OEF in Afghanistan führt das Gericht – etwas apodiktisch – aus: Der ISAF-Einsatz in Afghanistan sei ein Krisenreaktionseinsatz der NATO im Sinne des neuen Strategischen Konzepts. Der ISAF-Einsatz sei als NATO-Bündnisfall (Art. 5 des NATO-Vertrags) »strikt zu trennen« von der OEF, die sich völkerrechtlich auf die Feststellung des Bündnisfalls und vor allem auf das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung im Sinne von Art. 51 der Satzung der Vereinten Nationen berufe.<sup>6</sup> Es darf bezweifelt werden, ob eine solche Trennung heute wirklich noch besteht und ob sie jemals bestanden hat. Es darf auch bezweifelt werden, dass sich daran etwas ändert oder sich daran jemand hält, nur weil das Bundesverfassungsgericht es so unumstößlich feststellt. Jedenfalls ist es sehr bedauerlich, dass man zu der Frage, welche technischen Vorkehrungen für eine solche Trennung eigentlich bestehen, lediglich den Generalinspekteur der Bundeswehr als Kronzeugen angehört hat. Dagegen wurden weder internationale NGOs noch ein Vertreter der afghanischen Regierung angehört.

Wie eng begrenzt das Gericht insgesamt geprüft hat, wird in folgender Formulierung deutlich: »Weder hat das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, ob die Anschläge des 11. September 2001 völkerrechtlich dem damaligen afghanischen Taliban-Regime zugerechnet werden können, noch ist zu entscheiden, ob sich die Operation Enduring Freedom auf das Recht auf kollektive Selbstverteidigung stützen konnte und fortdauernd kann und welche Rolle diesbezüglich den Resolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen zukommt, in denen dieser das Selbstverteidigungsrecht anerkennt bzw. bekräftigt.«<sup>7</sup> Schade. Aber immerhin kann nun auch niemand behaupten, dass das Gericht das Gegenteil festgestellt habe. Das Gericht hat nämlich gar nichts dazu festgestellt.

Festgestellt hat es dann eine allgemeine Bedrohungslage: »Denn unabhängig von diesen Fragen ist der tatsächliche Befund, dass die Sicherheitslage in Afghanistan wegen andauernder bewaffneter Aktionen gegen die dortige Regierung und die Bevölkerung angespannt ist, nicht in Zweifel zu ziehen. [...] Angesichts der heutigen Bedrohungslagen durch global agierende terroristische Netzwerke können, wie der 11. September 2001 gezeigt hat, Bedrohungen für die Sicherheit des Bündnisgebiets nicht mehr territorial eingegrenzt werden.«<sup>8</sup> Im Klartext: Die

6 BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 57: »muss [...] strikt getrennt betrachtet werden«.

7 BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 66.

8 BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 67.

deutsche Sicherheit wird auch nach Ansicht des Gerichts »auch am Hindukusch verteidigt« (Bundesminister Peter Struck 2002).

Zuletzt prüfte das Gericht noch einmal, ob durch den Beschluss zum Tornado-Einsatz der Zweck der Friedenswahrung verletzt worden ist. Das Gericht stellte fest: »Das Grundgesetz enthält sich einer Definition dessen, was unter Friedenswahrung zu verstehen ist [...]«.<sup>9</sup> Dann verzichtet das Gericht leider völlig darauf, selbst eine Definition zu geben, etwa aufgrund der Erkenntnisse der Friedensforschung.<sup>10</sup> Es verzichtet auch darauf zu überprüfen, ob die ISAF mit dem Völkerrecht in Einklang steht. Allerdings hatte – auf Nachfrage des Gerichts – die Fraktion es auch gar nicht bestritten: »In der mündlichen Verhandlung hat auch die Antragstellerin nicht bezweifelt, dass der ISAF-Einsatz in Afghanistan, der sich durchgehend auf Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der Satzung der Vereinten Nationen stützt, die die Anwendung militärischer Gewalt völkerrechtlich legitimieren, als solcher mit dem Völkerrecht im Einklang steht.«

Die Überprüfung der OEF überlässt das Gericht ebenfalls anderen: »Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Operation Enduring Freedom stehe, wie sie sich in Afghanistan vollziehe, mit dem Völkerrecht nicht im Einklang, kann dies in der vorliegenden prozessualen Konstellation vom Bundesverfassungsgericht nicht isoliert überprüft werden. Die Operation Enduring Freedom ist kein militärischer Einsatz im NATO-Rahmen, und Gegenstand des Verfahrens ist allein die strukturelle Abkopplung der NATO von ihrer friedenswahrenden Grundausrichtung.« Immerhin sieht auch das Gericht am Ende die »Gefahr einer Mitverantwortung für völkerrechtswidriges Handeln im Einzelfall«.<sup>11</sup> Allerdings stellt sich die Frage, *wer* das dann feststellen soll. Auf diese völkerrechtlichen Fragen geht das Gericht nicht näher ein, da in dem ISAF-Einsatz »jedenfalls keine Abkehr der NATO von ihrer friedenswahrenden Zielsetzung« liege – nicht zuletzt wegen des UNO-Mandats. Eine Abkehr sei allenfalls dann denkbar, wenn die Operation Enduring Freedom in Afghanistan für sich genommen gegen das Völkerrecht verstieße und dies auf die ISAF übergreifen könnte. Dem stehe aber die zuvor behauptete rechtliche und tatsächliche Trennung entgegen. Das Gericht betont hier erneut, dass es nicht prüfe, ob die OEF-Mission mit dem Völkerrecht vereinbar sei. Im Klartext: Es sind durchaus Zweifel angebracht, ob die OEF mit dem Völkerrecht vereinbar ist!

#### 4. Bewertung und Ausblick: die NATO – ein Fall für den IGH?

Die deutsche Sicherheit wird also sinngemäß nun auch nach Ansicht des Gerichts »am Hindukusch verteidigt«. Angesichts der grausamen Realität in Afghanistan klingt es schon etwas zynisch, wenn das nun auch noch mit dem Etikett »friedenswahrende Zwecksetzung« versehen wird. Früher sprach man einmal von Angriff und Verteidigung bzw. von Krieg und Frieden. Gibt es keinen Unterschied mehr zwischen Friedensschaffung und Friedenswahrung? Wo liegt die Grenze zum Angriff? Wer legt sie fest? Im Inneren gibt es diese Grenze

<sup>9</sup> BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 73.

<sup>10</sup> Vgl. zum Friedensgebot des Grundgesetzes: Dieter S. Lutz, Krieg und Frieden als Rechtsfrage im Parlamentarischen Rat 1948/49, Baden-Baden 1982 und Giessmann, Hans J./Kurt P. Tudyka (Hrsg.), Dem Frieden dienen: Zum Gedenken an Prof. Dr. Dr. Dieter S. Lutz, Baden-Baden 2004.

<sup>11</sup> BVerfG (Fn. 2), Absatz-Nr. 86: »Zurechnung völkerrechtswidrigen Handelns im Einzelfall nicht auszuschließen«.

noch: Welcher Mordverdächtige würde sich vor einem deutschen Gericht darauf berufen, er habe die Bombe in »friedenswahrender Zwecksetzung« geworfen? Welches Gericht ließe ihn laufen? Und dass die Bundesregierung nach dem geplanten Luftsicherheitsgesetz auch Unbeteiligte hätte abschießen lassen können, wurde vom Gericht als ein Verstoß gegen die Menschenwürde beurteilt. Außenpolitisch gibt es diese Grenze dagegen nicht mehr.

Das Gericht beschränkt sich darauf festzustellen, dass mangels anderer Informationen (als der der Bundeswehr) auch nach mehr als sechs Jahren nach den Anschlägen vom 11. September von einer weltweiten Bedrohungslage auszugehen sei. ISAF und OEF seien »strikt zu trennen«, und die afghanische Regierung bedürfe weiter der internationalen Hilfe. Damit ist das Ergebnis vorprogrammiert. Dass diese Hilfe immer wieder im doppelten Sinne des Wortes über das Ziel hinausschießt, selbst nach Auskunft der afghanischen Regierung, das wird eher formaljuristisch betrachtet. Ein »Verstoß gegen einzelne Bestimmungen« des NATO-Vertrages soll sogar hinzunehmen sein. Gilt im Rahmen der Überprüfung von deutschen Auslandseinsätzen gar kein Grundsatz der Verhältnismäßigkeit? Sind es wirklich nur die OEF-Truppen, die unverhältnismäßig handeln? Was ist beispielsweise mit den KSK-Einsätzen?<sup>12</sup> Leider wurden dem Gericht dazu nicht viele Argumente vorgetragen.

Immer wieder verweist das Gericht auch darauf, dass es ja nur zuständig sei, Befugnisse zwischen Parlament und Regierung festzustellen. Das kann nicht das letzte Wort sein, besonders dann nicht, wenn die Mehrheit des Bundestages offenbar über die richtige Strategie der NATO derzeit gar nicht reden will. Immerhin: Die Grenze, die die Verfassung derzeit zieht, das Gebot der Friedenswahrung, wird als ein »dauernder Vertragsbestandteil« des NATO-Vertrages bezeichnet. Offenbar sind die Grenzen der Friedenswahrung auch enger gezogen als durch das Verbot von Angriffskriegen. Es besteht aber Anlass zu der Sorge, dass die Grenze am Ende nur noch in einer Weise gezogen wird, wie sie dem historischen Beispiel des Überfalles auf Polen 1939 entspricht. Eine Definition dessen, was unter einem Angriff zu verstehen ist, enthält die Verfassung nämlich ebenfalls nicht. Bedenklich stimmt es auch, wenn es gegen einzelne Verstöße der Bundesregierung gegen das Völkerrecht offenbar gar keine gerichtliche Kontrolle gibt. Aber auch das muss ja nicht so bleiben. Es könnte doch zum Beispiel ein juristischer Instanzenweg über das nationale Gericht hin zum internationalen Gerichtshof geschaffen werden (sogenannte Richtervorlage).<sup>13</sup> Schließlich hat das Gericht am Ende selbst eingeräumt, dass durchaus die Gefahr einer Mitverantwortung für völkerrechtswidriges Handeln bestehe. Politikerinnen und Politiker können künftig also nicht mehr behaupten, sie hätten ja gar nichts davon gewusst.

<sup>12</sup> Vgl. zur derzeitigen parlamentarischen »Kontrolle« der geheimhaltungsbedürftigen KSK-Einsätze: Georg Axer, Das »Kommando Spezialkräfte« zwischen Geheimschutzinteresse und Parlamentsvorbehalt, in: ZRP 2007, S. 17.

<sup>13</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hat sich im Sinne von Art. 24 Abs. 3 GG noch nicht vollständig der Rechtsprechungsgewalt des IGH unterworfen. Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 des *Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, abzurufen unter [www.un.org/icc/](http://www.un.org/icc/).