

# Martin Kutscha

## »Verteidigung« – Vom Wandel eines Verfassungsbegriffs

### *I. Die aktuelle Situation*

»Die Sicherheit der Bundesrepublik wird auch am Hindukusch verteidigt«.<sup>1</sup> – Diese Formel des Bundesverteidigungsministers Struck klingt angesichts der Spur der Verwüstungen von New York über Djerba bis Madrid und der Möglichkeit weiterer Terroranschläge insbesondere durch »islamistische« Gruppen, aber auch angesichts zahlreicher Krisenherde in verschiedenen Regionen der Welt nur zu plausibel. Ausformuliert findet sich die neue Aufgabenbestimmung für die Bundeswehr in den »verteidigungspolitischen Richtlinien«, die im Mai 2003 vom Bundesverteidigungsministerium erlassen wurden. Danach umfasst Verteidigung heute »mehr als die herkömmliche Verteidigung an den Landesgrenzen gegen einen konventionellen Angriff. Sie schließt die Verhütung von Konflikten und Krisen, die gemeinsame Bewältigung von Krisen und die Krisennachsorge ein. Dementsprechend lässt sich Verteidigung geographisch nicht mehr eingrenzen, sondern trägt zur Wahrung unserer Sicherheit bei, wo immer diese gefährdet ist«.<sup>2</sup> Der Schutz Deutschlands müsse neu ausgerichtet werden, heißt es weiter. Er »verlangt die konsequente Abstufung von Präsenz, Bereitschaft und Ausbildung der Streitkräfte sowie die Synergie aller staatlichen Instrumente der Sicherheitsvorsorge«.<sup>3</sup> Diesen Vorgaben entsprechend und zugleich unter dem Druckknapper Haushaltsmittel wird gegenwärtig die Bundeswehrumgestaltet. Als Orientierungsgrundlage dient dabei die Einteilung in drei Kräftekategorien: 35.000 Soldatinnen und Soldaten sollen das Kontingent der »Eingreifkräfte« bilden, die für multinationale Einsätze »hoher Intensität in allen Dimensionen: Land-, Luft-, See-, Welt- und Informationsraum« zur Verfügung stehen und hierfür mit dem modernsten Material ausgerüstet werden sollen. Die zweite Kategorie sollen die »Stabilisierungskräfte« in der Größenordnung von 70.000 Soldaten und Soldatinnen bilden, die für »Operationen niedriger und mittlerer Intensität und längerer Dauer im breiten Spektrum friedensstabilisierender Maßnahmen« vorgesehen sind. »Unterstützungskräfte« von 137.500 Personen kommen als dritte Kategorie hinzu. Diese sollen die Aufgabe einer »umfassenden streitkräftegemeinsamen und durchhaltfähigen Unterstützung der Einsätze« erfüllen.<sup>4</sup>

Offen bleibt bei der neuen »verteidigungspolitischen« Konzeption, warum gerade die Streitkräfte als das entscheidende Instrument z. B. zur »Verhütung von Konflikten und Krisen« sowie zu deren Bewältigung an den verschiedenen Brennpunkten des Weltgeschehens betrachtet werden. Ebenso bleibt die Frage nach dem Verhältnis von militärischen gegenüber zivilen Konfliktlösungsmodellen, nach dem unterschiedlichen Kostenaufwand für beide, vor allem aber nach den bitteren historischen Erfahrungen der Völkergemeinschaft mit dem Einsatz militärischer

1 Struck im Dezember 2002, zit. n. Fischer-Lescano, Angriff auf die Verteidigung, FR-Dokumentation v. 18. 1. 2003.

2 Verteidigungspolitische Richtlinien v. 21. Mai 2003 unter Punkt 5, dokumentiert in Blätter f. dt. u. intern. Politik 2003, S. 888 ff.

3 Ebd. unter Punkt 86.

4 Zitate und Zahlenangaben aus der Rede des Bundesverteidigungsministers Struck am 13. Januar 2004, dokumentiert in Blätter f. dt. u. intern. Politik 2004, S. 375 (377).

Gewalt unbeantwortet.<sup>5</sup> Die elementaren Regelungen des modernen Völkerrechts wie das Gewaltverbot in Art. 2 Ziff. 4 der UNO-Charta, die als Reaktion auf diese Erfahrungen entstanden sind, werden in den »verteidigungspolitischen Richtlinien« nicht erwähnt, die grundlegenden Vertragswerke des Völkerrechts nur beiläufig und vage angesprochen.<sup>6</sup> Der in Art. 87 a GG normierte Verteidigungsauftrag wird zwar kurz genannt, die eigentliche Bedeutung dieser verfassungsrechtlichen Festlegung bleibt jedoch ausgeblendet. Dabei sind die Bestimmungen des Grundgesetzes über den Einsatz der Bundeswehr – im Gegensatz zu manchen anderen Regelungsbereichen<sup>7</sup> – nicht ohne Grund recht präzise formuliert worden, wie ein Blick auf die Geschichte der »Wehrverfassung« zeigt.

## II. Die Entwicklung der »Wehrverfassung«

In seiner Ursprungsfassung von 1949 enthielt das Grundgesetz keinerlei Bestimmungen über Einsätze deutscher Streitkräfte und deren Modalitäten, wenn vom Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 Abs. 3 GG) und dem Friedensgebot (Art. 26 GG) einmal abgesehen wird.<sup>8</sup> Die alliierten Besatzungsmächte hatten schließlich die Demobilisierung aller deutschen Truppenkontingente angeordnet, und auch im Jahr der Verabschiedung des Grundgesetzes stand die Aufstellung neuer deutscher Streitkräfte noch nicht offiziell auf der politischen Agenda. Noch am 22. November 1949 bekundete die Bundesregierung im »Petersberger Abkommen« mit den Alliierten Hohen Kommissaren ihre »feste Entschlossenheit, die Entmilitarisierung des Bundesgebietes aufrecht zu erhalten und mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln die Neubildung irgendwelcher Streitkräfte zu verhindern«.<sup>9</sup> Aber schon wenige Tage später, am 3. Dezember, schlug Bundeskanzler Adenauer in einem Interview mit der US-amerikanischen Zeitung »Cleveland Plain Dealer« die Schaffung einer europäischen Armee vor, der auch deutsche Soldaten angehören sollten. Diese Äußerungen wurden im In- und Ausland mit Recht als Sensation empfunden und führten zu einer erregten Debatte im Bundestag, bei der alle Fraktionen eine Wiederaufrüstung entschieden ablehnten.<sup>10</sup> Diese Haltung währte indessen nicht lange – jedenfalls auf Regierungsseite: Der Ausbruch des Korea-Krieges im Juni 1950 bot der Adenauer-Regierung den geeigneten Anlass, ihre bisher im Verborgenen entwickelten Wiederbewaffnungspläne zur offiziellen Politik zu erheben.

Dem gegenüber bestand die SPD als Oppositionspartei im Bundestag mit Recht darauf, dass für den Aufbau einer deutschen Armee als Teil der geplanten »Europäischen Verteidigungsgemeinschaft« (EVG) eine Änderung des Grundgesetzes not-

5 Vgl. auch die Kritik von Simon, Zivile Konfliktbearbeitung kommt zu kurz, FR v. 6. 1. 2004; ders. »Kooperation für den Frieden«, Sicherheit durch Recht und Demokratie, FR-Dokumentation v. 8. 12. 2003 sowie von M. Fischer, Die Aufgabe ist die Stärkung des Friedens, FR-Dokumentation v. 6. 2. 2004.

6 Verteidigungspolitische Richtlinien (Fn. 2), Punkt 47: »Deutschland wird einen angemessenen Beitrag leisten, damit die NATO in Übereinstimmung mit dem Washingtoner Vertrag und der Charta der VN sowie auf der Grundlage ihres strategischen Konzepts das volle Spektrum ihrer Aufgaben erfüllen und kollektiv auf die neuen Herausforderungen reagieren kann, aus welcher Richtung sie auch kommen mögen.«

7 Dies gilt z. B. für die Wirtschaftsverfassung bzw. das Sozialstaatsgebot; vgl. dazu z. B. Schiek, AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 20 Abs. 1–3, V sowie Kutscha, Vom zeitgemäßen Sozialstaatsverständnis, KJ 1982, 383.

8 Vgl. hierzu und zum Folgenden die Darstellungen bei Epping, Wehrverfassung, Entmilitarisierung – Wiederbewaffnung – Leistungsfähigkeit, in: Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 183 (184 ff.) sowie bei U. Mayer, Remilitarisierung und antimilitaristische Struktur des Grundgesetzes, in: ders./Stuby (Hrsg.), Das lädierte Grundgesetz, 1977, S. 8 ff.

9 Nach Bredthauer (Hrsg.), Dokumentation zur Wiederaufrüstung der Bundesrepublik, 1980, S. 12.

10 Vgl. Bredthauer (Fn. 9), S. 14.

wendig sei. Im Januar 1952 stellte die SPD-Fraktion beim (damals erst wenige Monate amtierenden) Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Antrag auf Feststellung, »das Bundesrecht, welches die Beteiligung Deutscher an einer bewaffneten Macht regelt oder Deutsche zu einem Wehrdienst verpflichtet, ohne vorangegangene Ergänzung oder Abänderung weder förmlich noch sachlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist«.<sup>11</sup> Mit Urteil vom 30. Juli 1952 wies das BVerfG die Feststellungsklage der SPD-Bundestagsfraktion als unzulässig zurück: Die gesetzgebenden Körperschaften, so die Begründung, hätten ihre Beratungen noch nicht abgeschlossen; erst die bestehende Norm könne aber Grundlage für eine Normenkontrolle sein.<sup>12</sup>

Der juristischen Konterattacke der Regierungsfraktionen gegen die SPD-Opposition war dann freilich das gleiche Schicksal beschieden. Deren Organklage wurde am 7. März 1953 vom BVerfG ebenfalls als unzulässig zurückgewiesen.<sup>13</sup> Die Abgeordneten der Regierungsparteien hatten die Feststellung beantragt, dass die SPD-Opposition gegen das Grundgesetz verstieß, indem sie der Regierungsmehrheit das Recht bestritt, die geplanten Gesetze über den Deutschland- und den EVG-Vertrag zu verabschieden. Es sei rechtlich unmöglich, so daraufhin das BVerfG, »eine verfassungsrechtliche Zweifelsfrage, die sich bei dem Prozeß der Willensbildung im Bundestag erhoben hat, im Gewand eines Organstreites zwischen Mehrheit und Minderheit oder zwischen Fraktionen vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen«.<sup>14</sup>

Sowohl beim Feststellungsantrag der SPD-Abgeordneten als auch bei der Organklage der Regierungsfraktionen konnte sich das Gericht auf die prozessualen Aspekte beschränken, ohne zur inhaltlich-verfassungsrechtlichen Problematik der Wiederbewaffnung Stellung nehmen zu müssen. Weitere verfassungsgerichtliche Auseinandersetzungen um den deutschen »Wehrbeitrag« erübrigten sich dann durch den politischen Erfolg Adenauers: Nach der Bundestagswahl am 6. September 1953 konnte die CDU/CSU mit drei kleineren Parteien eine Koalitionsregierung bilden, die über die gemäß Art. 79 Abs. 2 GG notwendige Zweidrittelmehrheit für Verfassungsänderungen verfügte. Damit war der Weg frei zur Ergänzung des Grundgesetzes um die ersten Normen zur Schaffung einer deutschen Armee durch Gesetz vom 26. März 1954: Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wurde um »die Verteidigung einschließlich der Wehrpflicht für Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an und des Schutzes der Zivilbevölkerung« erweitert (Art. 73 Nr. 1 GG). Um die offensichtlichen Widersprüche des (später am Veto der französischen Nationalversammlung gescheiterten) Projekts der EVG zum deutschen Grundgesetz auszuräumen, wurde des weiteren Art. 79 Abs. 1 GG erweitert und ein Art. 142 a geschaffen, wonach die Bestimmungen des Grundgesetzes dem Gründungsvertrag für die EVG »nicht entgegenstehen« sollten.<sup>15</sup>

Der zweite Schritt zur Einfügung der »Wehrverfassung« in das Grundgesetz erfolgte dann 1956: Unter anderem wurden durch einen neuen Art. 17 a Grundrechtseinschränkungen für den Wehr- und für den Ersatzdienst zugelassen, und mit Art. 87 a wurde eine ausschließlich auf das Budgetrecht des Parlaments zugeschnittene Norm über die vom Bund »zur Verteidigung aufgestellten Streitkräfte« geschaffen. Seine bis heute gültige Fassung erhielt Art. 87 a GG dann erst durch

11 Nach Frank, AK-GG, 3. Aufl. 2001, nach Art. 87 Rdnr. 6; ausführliche Dokumentation der Auseinandersetzungen um die Schaffung der »Wehrverfassung« in dem dreibändigen Werk von v. d. Heydte (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 1952, 1953 und 1958; zur Prozessgeschichte auch Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, 1994, S. 28 ff.

12 BVerfGE 1, 396.

13 BVerfGE 2, 143.

14 BVerfGE 2, 143 (144, LS 3).

15 Diese und andere, inzwischen zum Teil wieder aufgehobene, Verfassungsnormen sind dokumentiert bei Seifert, *Grundgesetz und Restauration*, 1974, S. 76 ff.

die Notstandsgesetzgebung im Jahre 1968. Die damals geschaffene zentrale Regelung für den Einsatz der deutschen Streitkräfte findet sich in Absatz 2 dieses Artikels: »Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt«. Solche »ausdrücklichen Zulassungen« finden sich in Gestalt der Art. 87 a Abs. 3 und 4 sowie Art. 35 Abs. 2 und 3 GG, die – als Reaktion auf den breiten Widerstand gegen die ursprünglich vorgesehenen erheblich weiter reichenden Notstandsermächtigungen<sup>16</sup> – detaillierte Bestimmungen über die Voraussetzungen des Einsatzes der Bundeswehr im Innern enthalten.

Die gesetzgeberische Intention dieser Regelungen lässt sich dem abschließenden Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages deutlich entnehmen: »Der Rechtsausschuss schlägt vor, die Bestimmungen über den Einsatz der Streitkräfte... in einem Artikel zusammenzufassen. Hierfür eignet sich Art. 87 a. Dabei sollte auch einbezogen werden die Regelung über den Einsatz der Streitkräfte im Innern...«.<sup>17</sup> Bundestag und Bundesrat gingen bei der Verabschiedung der neuen Verfassungsbestimmung jedenfalls davon aus, dass damit »alle denkbaren Bundeswehreinsätze verfassungsrechtlich abschließend geregelt« seien, wie der am Gesetzgebungsverfahren beteiligte SPD-Rechtspolitiker Claus Arndt später feststellte.<sup>18</sup>

### *III. Die Entdeckung einer Verfassungslücke: Freie Bahn der Exekutive?*

Zur Verteidigung der Bundesrepublik gegen den von vielen befürchteten Angriff von Warschauer-Pakt-Staaten brauchte die Bundeswehr erfreulicherweise niemals aus den Kasernen auszurücken, der »Ernstfall« wurde lediglich im Rahmen der Ausbildung und bei Manövern geübt. Bis zur Erlangung der vollen Souveränität der Bundesrepublik durch den Zwei-plus-vier-Vertrag von 1990 wurden lediglich kleine Kontingente von Bundeswehrsoldaten zwecks humanitärer Hilfe ins Ausland gesandt, so bei Erdbeben, Waldbrandkatastrophen oder zur medizinischen Betreuung von Flüchtlingen. Ein Kampfeinsatz im Ausland wurde dagegen von jeder Bundesregierung als verfassungswidrig betrachtet.<sup>19</sup>

Nach dem Zusammenbruch des Warschauer Paktsystems änderte sich diese Haltung Schritt für Schritt: Neben dem Einsatz von Bundeswehrsoldaten in Somalia 1993/1994 beteiligten sich deutsche Marine- und Luftwaffeneinheiten von 1992 bis 1996 an der Überwachung des Waffenembargos gegenüber Jugoslawien und schließlich auch an der Bombardierung im Rahmen des Kosovo-Konflikts im März 1999.<sup>20</sup> Die staatsrechtliche Zunft war indessen der politischen Praxis längst vorausgeeilt: Als »für die Meinungswende impulsgebend«<sup>21</sup> erwies sich ein Kolloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, das am 17./18. August 1989, kurz vor dem Fall der Mauer,

16 Vgl. dazu im Einzelnen Seifert (Fn. 15), S. 35 ff. sowie Sterzel, Zur Entstehungsgeschichte der Notstandsgesetze, in: ders. (Hrsg.), Kritik der Notstandsgesetze, 1967, S. 7 (13 ff.).

17 BT-Drs. V/2873, S. 12.

18 Arndt, Bundeswehreinsatz für die UNO, DÖV 1992, S. 618 (619).

19 Vgl. die Nachweise bei Deiseroth, Die Beteiligung Deutschlands am kollektiven Sicherheitssystem der Vereinten Nationen aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJ 1993, S. 145 (151 Fn. 33) sowie bei Schulze-Fielitz, Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung, in: Görlitz/Burth (Hrsg.), Informale Verfassung, 1998, S. 25 (32).

20 Vgl. die Darstellungen bei Brenner/Hahn, Bundeswehr und Auslandseinsätze, JuS 2001, 729 und bei Winter, Metamorphosen des staatlichen Gewaltapparates: Über die Entwicklung von Polizei und Militär in Deutschland, Leviathan 2003, 519 (538 ff.).

21 Schulze-Fielitz (Fn. 19), S. 32; zum raschen Wandel der »h. M.« auch Wieland, Äußere Sicherheit: Von der Landesverteidigung zur Krisenintervention, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung, 2003, S. 81 (82).

stattfand. Als Hauptreferent dieser Veranstaltung bezog Torsten Stein eine radikale Gegenposition zur bis dato »herrschenden Meinung«: Der Auslandseinsatz der deutschen Streitkräfte sei zwar an das Friedensgebot des Art. 26 GG gebunden, ansonsten aber »im Grundgesetz nicht besonders geregelt«. Er werde schon von der Zuweisung der auswärtigen Gewalt an den Bund durch Art. 32 Abs. 1 GG umfasst, während Art. 87 a Abs. 2 GG »allein den Einsatz im Inneren zum Gegenstand« habe.<sup>22</sup>

Unter den am Kolloquium Teilnehmenden stieß diese These, die dieser für die Bundeswehr zentralen Norm jeglichen Regelungsgehalt für Auslandseinsätze absprach, auf viel Zustimmung, sie wurde in den folgenden Jahren breit rezipiert und u. a. von Josef Isensee und Albrecht Randelzhofer als Prozessvertreter der CDU/CSU-Bundestagsfraktion in den AWACS-, Somalia- und Adriaverfahren vor dem BVerfG vorgetragen.<sup>23</sup>

Schon entstehungsgeschichtlich kann diese Position allerdings kaum überzeugen: Es erscheint als wenig wahrscheinlich, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber des Jahres 1968 den Einsatz der Bundeswehr im Innern penibel regeln, der Regierung zum Einsatz im Ausland aber freie Hand lassen wollte.<sup>24</sup> In der damaligen weltpolitischen Situation der Bundesrepublik als Frontstaat, überdies belastet mit einer unseligen militaristischen Tradition, galt die Beschränkung der deutschen Streitkräfte auf die Verteidigung neben den besonders geregelten Ausnahmefugnissen für den Einsatz im Innern schlicht als selbstverständlich, weshalb eine ausdrückliche Regelung von Auslandseinsätzen nicht als notwendig erschien.<sup>25</sup> Nur mit einem gehörigen Maß an Chuzpe lassen sich darüber hinaus Kampfeinsätze der Bundeswehr unter die »Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten« im Sinne des Art. 32 Abs. 1 GG subsumieren. In der Sache bedeutet diese Emanzipation der Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte von der strikten Bindung an Art. 87 a GG jedenfalls nichts anderes als eine partielle Rückkehr zur Vorstellung von der Armee als Hausgut der (ursprünglich feudalen) Exekutivgewalt, das diese weitgehend nach ihrem politischen Belieben einsetzen kann.<sup>26</sup>

Dem gegenüber wurde von anderen Autoren mit Recht darauf bestanden, dass Art. 87 a GG eine abschließende Regelung für den Einsatz der Bundeswehr darstellt, sich also auch auf Auslandseinsätze bezieht.<sup>27</sup>

Aber auch um die Bedeutung des Begriffs »Verteidigung« in dieser Norm entwickelte sich eine intensive Debatte nach 1990. Aus entstehungsgeschichtlicher und verfassungssystematischer Sicht liegt es immerhin nahe, »Verteidigung« auf das Vorliegen des in Art. 115 a GG definierten »Verteidigungsfalles« zu beziehen.<sup>28</sup> Dieser ist gegeben, wenn »das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird

22 Stein, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, in: Frowein/Stein, Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, 1990, S. 17 (26).

23 Isensee/Randelzhofer, Schriftsatz vom 22. 4. 1993, in: Dau/Wöhramann (Hrsg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 549; vgl. auch Isensee, Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz, NJW 1993, S. 2583 (2586); und Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 24 II, Rdnr. 63 (1992); ebenso z. B. Doehring, in: HStR VII, 1992, § 177, Rdnr. 25; F. Kirchhof, in: HStR III, 1988, § 78, Rdnr. 29; Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 87 a, Rdnr. 12 a; Thalmair, Die Bundeswehr im Ausland – eine offene Verfassungsfrage? ZRP 1993, S. 201 (202 ff.).

24 So auch die Kritik von Preuß, Die Bundeswehr – Hausgut der Regierung?, KJ 1993, 1993, S. 263 (265) und Epping (Fn. 8), S. 201 f.

25 Zur Entstehungsgeschichte vgl. die Darstellung unter II.

26 Vgl. Preuß (Fn. 24), S. 263.

27 So z. B. Arndt (Fn. 18), S. 619; Bachmann, Die Verfassungsmäßigkeit von Bundeswehreinsätzen im Ausland, MDR 1993, S. 397 (398 f.); Bär, Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der Vereinten Nationen, 1994, S. 51 ff.; Deiseroth (Fn. 19), S. 150; Epping (Fn. 8), S. 201 f.; Hirsch, Zur Entstehung des Art. 87 a II GG, ZRP 1994, S. 120; Preuß (Fn. 24), S. 265.

28 So Arndt (Fn. 18), S. 618; Bachmann (Fn. 27), S. 398; Bär (Fn. 27), S. 214; Deiseroth (Fn. 19), S. 149; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 6. Aufl. 2002, Art. 87 a, Rdnr. 5.

oder ein solcher Angriff unmittelbar droht«. Ein solches, auf das Territorium der Bundesrepublik bezogenes Verständnis von »Verteidigung« entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach dieser Begriff militärische Maßnahmen aller Art meint, »die auf die Abwehr gegnerischer Angriffe gerichtet sind«.<sup>29</sup> Darüber hinaus wollen manche auch militärische Hilfeleistungen deutscher Streitkräfte im Rahmen der UNO-Charta oder auch des NATO-Vertrages bei Angriffen auf einen Bündnispartner als »Verteidigung« im Sinne des Grundgesetzes verstanden wissen.<sup>30</sup> Noch weiter geht ein Ansatz, der unter »Verteidigung« auch den »Schutz nationaler, das Gemeinwesen betreffender Interessen« fasst<sup>31</sup> – diese können immerhin überall auf der Welt betroffen sein, etwa in Gestalt des ungehinderten Zugangs zu bestimmten Rohstoffen. Etwas allgemeiner hat es auch das BVerwG 1996 als »verfassungsmäßige Aufgabe der Bundeswehr« bezeichnet, neben der Verteidigung der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik deren »politische Handlungsfreiheit in Zeiten politischer Krisen und im Frieden (!) zu gewährleisten«.<sup>32</sup> Damit hat die verfassungsrechtliche Aufgabenbestimmung für die deutschen Streitkräfte jegliche Kontur verloren und wird nur noch nach Maßgabe der politischen Intention definiert. Ganz in diesem Sinne heißt es dann auch in den »verteidigungspolitischen Richtlinien« vom Mai 2003: »Der politische Zweck bestimmt Ziel, Ort, Dauer und Art eines Einsatzes«.<sup>33</sup> Der Verfassungsbegriff »Verteidigung« entfaltet danach keinerlei einhegende Wirkung für das Handeln der Exekutive mehr. Die »Verhütung von Krisen und Konflikten« kann überall auf der Welt politisch als geboten erscheinen, die Einsatzmöglichkeiten der deutschen Streitkräfte werden so völlig entgrenzt – im Hinblick auf die Geographie wie auch im Hinblick auf die normative Kraft der Verfassung.

#### IV. Die Ausweichlösung des Bundesverfassungsgerichts

Als der Zweite Senat des BVerfG auf Antrag der SPD- und der FDP-Bundestagsfraktion über die Zulässigkeit des Einsatzes von Bundeswehreinheiten in Somalia, in der Adria sowie als Teil der Besatzungen von AWACS-Flugzeugen beriet, konnte er sich über die Auslegung des Verteidigungsbegriffs in Art. 87 a GG nicht einigen.<sup>34</sup> Darauf hin wurde im Urteil vom 12. Juni 1994, der bisher wichtigsten Entscheidung des BVerfG zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr, statt des Art. 87 a GG der Art. 24 Abs. 2 GG als zentrale Ermächtigungsgrundlage herangezogen: Diese Norm erlaube dem Bund nicht nur den Eintritt in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit und die damit verbundene Beschränkung seiner Hoheitsrechte, sondern ermächtige auch zu einer »Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden«.<sup>35</sup> Dem stehe, so das Urteil weiter, Art. 87 a GG nicht entgegen. Begründet wird dies in der folgenden Weise: »Die schon im ursprünglichen Text des Grundgesetzes zugelassene Mitgliedschaft in einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit und die damit mögliche Teilnahme deutscher Streitkräfte an Einsätzen im

29 Brockhaus-Enzyklopädie, 24. Aufl. 1994, S. 275, Stichwort »Verteidigung«.

30 Z. B. Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, 4. Aufl. 2001, Art. 87 a II, Rdnr. 38; Boldt, Einsatz der Bundeswehr im Ausland, ZRP 1992, S. 218 (220); Fibich, Auslandseinsätze der Bundeswehr, ZRP 1993, S. 5 (7); Kind, Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung, DÖV 1993, S. 139 (145); Preuß (Fn. 24), S. 267.

31 So Burkczak, Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?, ZRP 2003, S. 82 (83) im Anschluss an F. Kirchhoff, in: HStR III, 2. Aufl. 1996, § 78, Rdnr. 29.

32 BVerwG, NJW 1997, S. 536 = BVerwGE 103, 361.

33 Verteidigungspolitische Richtlinien (Fn. 2) unter Punkt 57.

34 Vgl. Epping (Fn. 8), S. 199.

35 BVerfGE 90, 286 (LS 1) = NJW 1994, S. 2207.

Rahmen eines solchen Systems sollten nicht eingeschränkt werden« durch den später geschaffenen Art. 87 a GG.<sup>36</sup>

Bei dieser Argumentation wird ignoriert, dass die vertragliche Einordnung in ein solches System keineswegs mit der Bereitstellung und dem Einsatz von Truppen verbunden sein muss.<sup>37</sup> Als Art. 24 GG im Jahre 1949 geschaffen wurde, gab es schließlich noch keine Bundeswehr, und es ist höchst fraglich, ob der spätere verfassungsändernde Gesetzgeber eine Umgehung der strikten Festlegung auf die »Verteidigung« in Art. 87 a GG über die völkerrechtliche Ermächtigung des Art. 24 GG zulassen wollte.<sup>38</sup> Eine »ausdrückliche Zulassung«, wie sie Art. 87 a Abs. 2 GG für sonstige Bundeswehreinsätze verlangt, enthält Art. 24 GG nämlich gerade nicht.

Immerhin hat das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung ein verfassungsrechtliches Erfordernis für Bundeswehreinsätze aufgestellt, dessen besondere Brisanz sich erst einige Jahre später – an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – offenbaren sollte: Es legitimierte nur solche Einsätze, die »im Rahmen und nach den Regeln« der Systeme kollektiver Sicherheit, konkret also den Normen des NATO-Vertrages sowie der UNO-Charta, stattfinden.<sup>39</sup> »Im Rahmen und nach den Regeln« dieser Vertragssysteme bewegte sich die Bombardierung Jugoslawiens durch NATO-Streitkräfte unter Beteiligung der Bundeswehr im März 1999 aber keineswegs, wie inzwischen vielfach detailliert nachgewiesen wurde.<sup>40</sup> Dem Rechtfertigungsversuch mithilfe der problematischen Formel »humanitäre Intervention«<sup>41</sup> kommt nach der späteren Aufdeckung der Fehlinformationen von Politikern wie des damaligen Verteidigungsministers Scharping noch weniger Überzeugungskraft zu. Gleichsam als eine Art Kompensation für den relativ weiten Rahmen, den das BVerfG für Auslandseinsätze anerkannte, kreierte es einen Parlamentsvorbehalt für solche Einsätze: »Das Grundgesetz verpflichtet die Bundesregierung, für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte die – grundsätzlich vorherige – konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen«.<sup>42</sup> Ausgenommen hiervon seien bloße Hilfsdienste und Hilfeleistungen, bei denen die Soldaten nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind.<sup>43</sup>

Dieser vom Gericht aus der deutschen Verfassungstradition seit 1918 abgeleitete Parlamentsvorbehalt wurde dann aber durch seinen Beschluss vom 25. März 2003 wieder relativiert: Das BVerfG hatte im Eilverfahren darüber zu entscheiden, ob deutsche Soldaten in den AWACS-Flugzeugen eingesetzt werden durften, die während des Angriffs der »Koalition der Willigen« auf den Irak im März 2003 den Luftraum über der benachbarten Türkei überwachten. Dieser Einsatz von Bundeswehrsoldaten fand statt, ohne dass die Bundesregierung die Zustimmung des

36 BVerfGE 90, 286 (357).

37 So auch die Kritik von Deiseroth, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, 2002, Art. 24, Rdnr. 252 ff. sowie von Hirsch (Fn. 27), S. 120.

38 Dies verneint Arndt, Verfassungsrechtliche Anforderungen an internationale Bundeswehreinsätze, NJW 1994, S. 2197 (2198).

39 BVerfGE 90, 286 (LS 1 u. 345).

40 Vgl. z. B. Blanke, Recht und Moral im Kosovo-Krieg, KJ 1999, S. 410; Epping, Nachbetrachtung: Der Kosovo-(Kampf-)Einsatz der Bundeswehr, in: Festschrift für K. Ipsen, 2000, S. 615; Merkel, Das Elend der Beschützten, KJ 1999, S. 526; Paech/Stuby, Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen, 2001, S. 557 f. sowie die kontroversen Beiträge in Lutz (Hrsg.), Der Kosovo-Krieg, 2000 sowie in Merkel (Hrsg.), Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, 2000; vgl. dazu die treffende Kritik von Groß, KJ 2000, S. 642.

41 Dazu kritisch Deiseroth, »Humanitäre Intervention« und Völkerrecht, NJW 1999, S. 3084; Denninger, Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität, ZRP 2000, S. 192 (193 f.); Schöbener, Die humanitäre Intervention im Konstitutionalisierungsprozess der Völkerrechtsordnung, KJ 2000, S. 557; befürwortend hingegen Tomuschat, Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte, Leviathan 2003, S. 450 (456 ff.).

42 BVerfGE 90, 286 (LS 3 a).

43 BVerfGE 90, 286 (388).

Bundestages einholte. Dies wurde mit dem »strikt defensiven« Charakter der Luftraumüberwachung gerechtfertigt.

Den Antrag der FDP-Bundestagsfraktion auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Bundesregierung wurde vom BVerfG unter Berufung auf den »Kernbereich eigener Entscheidungsfreiheit« der Regierung, der dem Regelungsrecht des Parlaments entzogen sei, abgelehnt. »Die ungeschmälerte außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung in dem ihr durch die Verfassung zugeschriebenen Kompetenzbereich hat auch im gesamtstaatlichen Interesse an der außen- und sicherheitspolitischen Verlässlichkeit Deutschlands bei der Abwägung ein besonderes Gewicht«.<sup>44</sup>

Fragwürdig ist dabei schon der hohe Rang, den das Gericht einer so wohlfeilen und vagen Formel wie der »außenpolitischen Verlässlichkeit« zuordnet, während z. B. Art. 26 GG als explizite verfassungsrechtliche Vorgabe für die Außenpolitik nicht erwähnt wird. Vor allem aber bedeutet die AWACS-Entscheidung vom 25. März 2003 einen Rückschritt für die Idee einer Demokratisierung durch die Parlamentarisierung der Außenpolitik.<sup>45</sup>

## *V. Vorbehalt des Gesetzes oder Legitimation per Ausnahmestand?*

Hinsichtlich der Bestimmung der näheren Modalitäten des Parlamentsvorbehalts hat sich das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung von 1994 indessen zurückgehalten und das Parlament in die Pflicht genommen: »Es ist Sache des Gesetzgebers, die Form und das Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkung näher auszustalten«.<sup>46</sup> Rund ein Jahrzehnt nach dem Urteil haben nun die beiden Regierungsfaktionen den Entwurf für ein »Parlamentsbeteiligungsgesetz« vorgelegt.<sup>47</sup> Die Wahl dieser Bezeichnung verrät dabei nicht gerade ein ausgeprägtes Bewusstsein für die zentrale Rolle des Parlaments im demokratischen Entscheidungsverfahren.

Zwar soll nach § 3 des Gesetzentwurfs die Bundesregierung in ihrem Antrag an den Bundestag den Einsatzauftrag, das Einsatzgebiet, die rechtlichen Grundlagen, die Höchstzahl der einzusetzenden Soldatinnen und Soldaten sowie u. a. die geplante Dauer des Einsatzes bezeichnen. Indessen ist fraglich, ob dies den Anforderungen an die Bestimmtheit des parlamentarischen Zustimmungsaktes genügt oder nicht doch die Ausstellung eines »Blankoschecks« für die Exekutive ermöglicht.<sup>48</sup> Als negatives Beispiel für einen Zustimmungsbeschluss des Bundestages kann die am 16. November 2001 verabschiedete Ermächtigung zur Beteiligung der Bundeswehr an der Operation »Enduring Freedom« betrachtet werden, die als Einsatzgebiet einen geographischen Raum von gewaltigen Ausmaßen abdeckte.<sup>49</sup>

44 BVerfG, NJW 2003, S. 2373 (2375); ausführlich zu dieser Entscheidung Krajewski, Das »Parlamentsheer« als Kollateralschaden des Irak-Kriegs?, AVR 2003, S. 419; Nolte, Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung, NJW 2003, S. 2359 sowie Kutschka, AWACS-Überflieger, Blätter f. dt. u. intern. Politik 2003, S. 523.

45 So auch die Kritik von Krajewski (Fn. 44), S. 425; grundsätzlich zur Kompetenzverteilung: Hitzel-Cassagnes, Rechtsstaatliche Domestizierung der Außenpolitik?, KJ 2000, S. 62.

46 BVerfGE 90, 286 (389).

47 BT-Drs. 15/2742 v. 23. 3. 2004.

48 Zu den Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit näher Nowrot, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Mitwirkung des Deutschen Bundestages bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr gegen den internationalen Terrorismus, NZWehrR 2003, S. 65 (67f.); Lutze, Der Parlamentsvorbehalt beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte, DÖV 2003, S. 972 (975).

49 BT-Drs. 14/7296: »... das Gebiet gemäß Art. 6 des Nordatlantikvertrags, die arabische Halbinsel, Mittel- und Zentralasien und Nord-Ost-Afrika sowie die angrenzenden Seengebiete«; zur bisherigen Zustimmungspraxis ausführlich H. H. Klein, Rechtsfragen des Parlamentsvorbehalts für Einsätze der Bundeswehr, in: Festschrift für Schmitt/Glaeser, 2003, S. 245 (248 ff.).

Einer definitiven Regelung durch den Gesetzgeber bedürfen aber auch die Eingriffsbefugnisse der an den Einsätzen beteiligten Soldaten. Immerhin dürften deutsche Flugzeugbesatzungen bei der Bombardierung Jugoslawiens 1999 sowie auch Mitglieder des »Kommandos Spezialkräfte« (KSK) bei ihrem Kampfeinsatz in Afghanistan 2002 im Rahmen von »Enduring Freedom« an Tötungshandlungen beteiligt gewesen sein.<sup>50</sup> Als Teil der Exekutive der Bundesrepublik sind deutsche Soldaten indessen auch bei Auslandseinsätzen an die Grundrechte des Grundgesetzes wie der EMRK gebunden – dies folgt aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 25 GG. Schon in früheren Entscheidungen hat das BVerfG richtig festgestellt, dass die Grundrechte des Grundgesetzes die deutsche Staatsgewalt auch dann binden, »wenn Wirkungen ihrer Betätigung im Ausland eintreten«.<sup>51</sup> Damit stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Tötungshandlungen deutscher Soldaten mit dem Grundrecht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, vereinbar sind. Im Gegensatz zur ausdrücklich für »unantastbar« erklärten Menschenwürde<sup>52</sup> unterstehen die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter einem Gesetzesvorbehalt. Gleichwohl betrachtet das BVerfG das menschliche Leben zu Recht als »Höchstwert« der grundgesetzlichen Ordnung, »es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte«.<sup>53</sup> Daraus folgt aber auch für das BVerfG nicht die absolute Unantastbarkeit des menschlichen Lebens.<sup>54</sup> In der Literatur wird die Frage nach der Einschränkbarkeit des Lebens in den letzten Jahren vor allem im Hinblick auf den Embryonenschutz bei der Anwendung neuer Reproduktionstechniken erörtert,<sup>55</sup> während die Diskussion um die Rechtsfragen von Schwangerschaftsabbrüchen inzwischen in den Hintergrund getreten ist. Unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Eingriff in das Leben (= dessen Vernichtung) durch den Staat zulassen darf, wird fast ausschließlich für den sog. finalen Rettungsschuss der Polizei diskutiert,<sup>56</sup> während die Tötung durch deutsche Soldaten kaum je behandelt wird.<sup>57</sup> Dabei findet sich auch in dem hier eigentlich einschlägigen Soldatengesetz keine Bestimmung, die dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG in diesem Punkt Genüge tut.

50 Die Einzelheiten des Einsatzes unterliegen der Geheimhaltung; vgl. aber Böge, »Landesverteidigung« am Hindukusch, in: Müller-Heidelberg u. a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2003, 2003, S. 173; Stolle, Kämpfer, die wir nicht brauchen, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 75 (2/2003), S. 32 (41); kontrovers zu den Rechtsfragen Blumenwitz, Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr im Kampf gegen den Terrorismus, ZRP 2002, S. 102; Fischer/Fischer-Lescano, Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse?, KritV 2002, S. 113; Krajewski, Terroranschläge in den USA und Krieg gegen Afghanistan, KJ 2001, S. 363 (372 ff.); Groß, Krieg gegen den Terrorismus oder Angriff auf die Verfassung?, in: Lutz/Gießmann (Hrsg.), Die Stärke des Rechts gegen das Recht des Stärkeren, 2003, S. 215 sowie Paech, Gutachten zum Antrag der Bundesregierung vom 7. November 2001, Blätter f. dt. u. intern. Politik 2001, S. 1516.

51 BVerfGE 6, 290 (295); ähnlich BVerfGE 57, 9 (23); zustimmend z. B. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, Art. 1 III, Rdnr. 29; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, vor Art. 1, Rdnr. 19.

52 Die allerdings inzwischen auch von einigen Autoren der Abwägung mit anderen Rechtsgütern unterzogen wird (z. B. von Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, S. 165 sowie von Kloepfer, Leben und Würde des Menschen, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 77 (96) und Wittreck, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV 2003, S. 873; zur Folterdebatte instruktiv Hecker, Relativierung des Folterverbots in der BRD?, KJ 2003, S. 210 und Marx, in diesem Heft S. 278).

53 BVerfGE 39, 1 (42) = NJW 1975, S. 573 (575) – Fristenlösung I.

54 Vgl. nur BVerfGE 46, 160 (164) = NJW 1977, S. 2255 – Schleyer-Entführung; BVerfGE 88, 203 (253 f.) = NJW 1993, S. 1751 (1753) – Fristenlösung II.

55 Vgl. z. B. Corell, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 10 a; Heun, Embryonenforschung und Verfassung, JZ 2002, S. 517; Sacksofsky, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003, S. 274; Steiner, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 15 ff.

56 Vgl. z. B. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 51), Art. 2 II, Rdnr. 42; Jarass, in: Jarass/Piero (Fn. 28), Art. 2, Rdnr. 76 sowie die Kontroverse zwischen Lisken und Witzstrock, Einführung des polizeilichen Todesschusses?, ZRP 2004, S. 31.

57 Positive Ausnahme: Groß (Fn. 40), S. 644, bezogen auf die Gewährleistung des Rechts auf Leben in Art. 6 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

Die in § 7 SoldatenG normierte Pflicht zum »treuen Dienen« ist viel zu unbestimmt formuliert, um diese Regelungslücke schließen zu können.<sup>58</sup>

Die wenigen Autoren, die das Problem überhaupt ansprechen, gehen von einer impliziten Ermächtigung zum Töten im Verteidigungskrieg aus: Die prinzipielle Zulässigkeit der Führung des Verteidigungskrieges, so Murswick, »wird vom GG vorausgesetzt (Art. 12 a, 65 a, 73 Nr. 1, 87 a, b, 115 a ff.). Dies impliziert die Befugnis, Tötungshandlungen vorzunehmen, die nicht gegen geltendes Kriegsvölkerrecht verstossen«.<sup>59</sup> Ob eine solche Zusammenschau verschiedenartiger Aufgaben und Kompetenzbestimmungen das Fehlen einer expliziten gesetzlichen Regelung wettmachen kann, ist angesichts der Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots<sup>60</sup> höchst fraglich. Immerhin entfaltet nach dieser Position das geltende Kriegsvölkerrecht noch eine eingrenzende Wirkung, während mit Kriegshandlungen befasste deutsche Gerichte Zuflucht in der Annahme eines Ausnahmestatus suchen: Als der BGH 2003 über Schadensersatzansprüche der Opfer von Kriegsverbrechen zu entscheiden hatte, die eine SS-Einheit im Juni 1944 an Bewohnern des griechischen Ortes Distomo begangen hatte, berief er sich auf das damals herrschende Rechtsverständnis. Danach »wurde der Krieg als völkerrechtlicher Ausnahmestatus gesehen, der seinem Wesen nach auf Gewaltanwendung ausgerichtet ist und die im Frieden geltende Rechtsordnung weitgehend suspendiert«.<sup>61</sup> Hieran knüpfte das LG Bonn in seinem Urteil vom 10. Dezember 2003 zur Frage der Schadensersatzansprüche von Opfern der Bombardierung der Brücke im jugoslawischen Vavarin durch NATO-Kampfflugzeuge am 30. Mai 1999 an: Bewaffnete Auseinandersetzungen seien, so das Gericht, »nach wie vor« als völkerrechtlicher Ausnahmestatus anzusehen, der die im Frieden geltende Rechtsordnung weitgehend suspendiere.<sup>62</sup> Die Auffassung des Nazi-Regimes über das Recht des Krieges wird damit unbesehen in die Gegenwart transformiert. Die Entwicklung des Völkerrechts vom ius ad bellum zur Ächtung des Krieges und zum humanitären Recht des »bewaffneten Konflikts«, ausgehend von den Haager Vereinbarungen von 1899 und 1907 bis zu den Genfer Abkommen von 1949 samt den später verabschiedeten Zusatzprotokollen,<sup>63</sup> werden ignoriert. Statt dessen wird die Schmitt'sche Lehre vom Ausnahmestatus zu neuem Leben erweckt: Carl Schmitt, der den totalitären Antiliberalismus und schließlich das »Dritte Reich« in einem abstrakten Himmel der Begriffe verklärte<sup>64</sup> (und von nicht wenigen Intellektuellen in der Bundesrepublik als mehr oder minder heimliche Ikone immer noch andächtig verehrt wird), orientierte seine Theorie an der existenziellen Unterscheidung zwischen Freund und Feind und der Beherrschung des Ausnahmestatus in der Situation der Bedrohung. »Kraft eines Selbsterhaltungsrechtes« wird vom Staat nach Schmitt »... im Ausnahmefall die Norm ver-

58 Zum Bestimmtheitsgebot für Eingriffsnormen vgl. BVerfGE 17, 306 (314) = NJW 1964, S. 1219 sowie jetzt ausführlich BVerfG, Beschluss v. 3. 3. 2004, 1 BvF 3/92 (Absätze 106 ff. der Internet-Version) – Telefonüberwachung durch das Zollkriminalamt; ferner BVerwG, NVwZ 2003, S. 95 (96); Frankenberg, AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 20 III, IV, Rdnr. 36 ff.

59 Murswick, in: Sachs (Fn. 51), Art. 2, Rdnr. 172; ähnlich allgemein die ältere Literatur, z. B. Kern, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 59: »Recht zur Tötung im gerechten Krieg«; Podlech, AK-GG, 1. Aufl. 1984, Art. 2 II, Rdnr. 26: »Jede Entscheidung für einen Krieg ist eine Entscheidung für die Tötung von Menschen. Eine gesetzliche Ermächtigung für diese Tötung gibt es nicht und ist vom Grundgesetz nicht vorgesehen«.

60 Vgl. dazu die Angaben in Fn. 58.

61 BGH, NJW 2003, S. 3488 (3492) – Distomo.

62 LG Bonn, NJW 2004, S. 525 (526) – Brücke von Vavarin.

63 Einzelheiten bei Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 65 sowie bei Paech/Stuby (Fn. 40), S. 599 ff.

64 Dazu näher Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 1976 sowie Rüthers, Carl Schmitt im Dritten Reich, 1989.

nichtet«, »hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm und... die Autorität beweist, daß sie um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht«.<sup>65</sup> Aber hier und heute herrscht kein Ausnahmezustand, derzeit befindet sich Deutschland nicht im Krieg<sup>66</sup> – oder etwa doch? Immerhin hat die US-amerikanische Regierung nach dem 11. September den »war on terrorism« verkündet, die NATO den Bündnisfall nach Art. 5 des NATO-Vertrages festgestellt,<sup>67</sup> und an der multinationalen militärischen Operation »Enduring Freedom« beteiligten sich auch deutsche Einheiten.<sup>68</sup> Freilich hat sich die Vorstellung, durch harte »Militärschläge« das Terrorismusproblem binnen kurzer Frist ausmerzen zu können, durch die Anschläge in Madrid am 11. März 2004 wieder einmal als Illusion erwiesen.

Zwar haben die europäischen Staaten längst nicht in gleicher Weise Einschnitte in ihre Rechtsordnungen vorgenommen wie die USA mit dem Patriot Act und der extralegalen Behandlung der Gefangenen in Guantánamo Bay.<sup>69</sup> Aber auch auf EU-Ebene wurden nach »Madrid« bestimmte sicherheitspolitische Vorhaben wie der reibungslose Austausch von Daten Verdächtiger zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden sowie die Einführung maschinenlesbarer biometrischer Angaben in Pässen und Visa beschlossen.<sup>70</sup> Vor dem Hintergrund der anhaltenden terroristischen Bedrohung schicken Elemente des Ausnahmezustandes sich offenbar an, die rechtsstaatliche Normalität zu überwuchern und sich unmerklich zu verstetigen. Anders als zu Zeiten, in der ein Staat dem anderen förmlich den Krieg erklärte, verschwimmt die Grenze zwischen Frieden und Kriegszustand heute offenbar zusehends.<sup>71</sup> Dies hat Folgen auch für das Verständnis von »Verteidigung«.

#### *IV. Ausblick: Die Bundeswehr auf dem Weg zu einer multifunktionellen Sicherheitsbehörde?*

In letzter Konsequenz ließe sich jeglicher Einsatz zur Abwehr einer Gefährdung der innerstaatlichen Sicherheit auch als »Verteidigung« im Sinne des Art. 87 a GG werten.<sup>72</sup> In der Tat wurde die klassische Grenzziehung zwischen dem Schutz der äußeren und der inneren Sicherheit schon lange vor dem 11. September von man-

<sup>65</sup> C. Schmitt, Politische Theologie, 1922, S. 13/14. Amüsantes zum »amourösen Ausnahmezustand« des jungen Schmitt in seiner Beziehung zu der angeblichen »Reichsgräfin von Dorotic« nunmehr bei Rüthers, Die Tagebücher Carl Schmitts – ein frühes Selbstporträt?, JZ 2004, S. 445.

<sup>66</sup> So der innenpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Wiefelspütz, nach FR v. 29. 3. 2004.

<sup>67</sup> Vgl. die Erklärung des NATO-Generalsekretärs Lord Robertson vom 2. 10. 2001, in: Blätter f. dt. u. intern. Politik 2001, S. 1403.

<sup>68</sup> Vgl. dazu die Literatur in Fn. 50.

<sup>69</sup> Dazu im einzelnen Arzt, Polizeiliche Überwachungsmaßnahmen in den USA, 2004; Mayer, Schutz der Heimat. Über die Aushöhlung der Bürgerrechte in den Vereinigten Staaten, Blätter f. dt. u. intern. Politik 2003, S. 843; Schild, Bürgerrechte in Zeiten der Bedrohung, Der Staat 2003, S. 229; Schultz, Endstation Guantánamo. Gefangenschaft jenseits des Rechts, Blätter f. dt. u. intern. Politik 2004, S. 579.

<sup>70</sup> Vgl. FR v. 20. 3. 2004.; zur Entwicklung in der Bundesrepublik nach dem 11. September 2001 vgl. nur Bender, »Verpoliziehung« des Ausländerrechts?, KJ 2003, S. 130; Denninger, Freiheit durch Sicherheit?, KJ 2002, S. 467; Groß, Terrorbekämpfung und Grundrechte, KJ 2002, S. 1; Kutsch, Mehr Innere Sicherheit durch weniger Freiheit?, in: Humanistische Union (Hrsg.), Innere Sicherheit als Gefahr, 2002, S. 32.

<sup>71</sup> Dazu auch Mégret, »Krieg? – Völkerrechtssemantik und der Kampf gegen den Terrorismus, KJ 2002, S. 157 und Fischer-Lescano, Soldaten sind Polizisten sind Soldaten – Paradoxien deutscher Sicherheitspolitik, KJ 2004, S. 67 (78 ff.).

<sup>72</sup> Dagegen zu Recht Linke, Verfassungswidrige Wahrnehmung luftpolizeilicher Aufgaben durch die Bundeswehr?, DÖV 2003, S. 890 (893) sowie Funk, Militär, Polizei und die »neuen« Kriege, Bürgerrechte & Polizei 75 (2/2003), S. 6 (10ff.).

chen in Frage gestellt.<sup>73</sup> Im August 1997 plädierte der Staatsrechtler und ehemalige Verteidigungsminister Rupert Scholz für eine Erweiterung der Aufgaben der Bundeswehr nach dem Vorbild der US-amerikanischen Nationalgarde,<sup>74</sup> und der ehemalige Landespolizeipräsident von Baden-Württemberg, Alfred Stümpfer, schlug im Jahre 2000 den Einsatz des Militärs zur Verbrechensbekämpfung vor.<sup>75</sup> Neue Nahrung erhielten die Diskussionen um Einsätze der Bundeswehr im Innern durch einen Zwischenfall am 5. Januar 2003, als ein entführtes Sportflugzeug kurze Zeit über der Innenstadt von Frankfurt kreiste und die Sicherheitsbehörden einen Terroranschlag befürchteten. Da die Polizeien über keine Kampfflugzeuge oder Flugabwehrkanonen verfügen, wären sie bei einem solchen Anschlag aus der Luft kaum zur wirksamen Gefahrenabwehr imstande. Diskutiert wurde deshalb, auf welcher Rechtsgrundlage Kampfjets der Bundeswehr in solchen Fällen das als Terrorwaffe eingesetzte Flugzeug abschießen könnten.<sup>76</sup> Am 18. Juni 2004 verabschiedete der Bundestag nunmehr ein »Luftsicherheitsgesetz«, das u. a. den Einsatz der Bundeswehr »zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder« bei Luftzwischenfällen regeln soll.<sup>77</sup> Der § 14 des Entwurfs als zentrale Befugnisregelung bildet ein Musterbeispiel legislativer Irreführung: Dessen Absatz 1 bestimmt: »Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.« Diese Regelung suggeriert, dass der gezielte Abschuss eines Flugzeugs nicht zum Arsenal der zulässigen Abwehrmaßnahmen gehöre. Aus der Lektüre des 3. Absatzes derselben Norm ergibt sich dann aber das Gegenteil. Danach ist die »unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt« nur zulässig, »wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.« Die »unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt« ist ganz offensichtlich ein aliquid zu den in § 14 Abs. 1 aufgezählten Maßnahmen,<sup>78</sup> sie umfasst gerade auch den Abschuss des betreffenden Luftfahrzeugs trotz den damit mit hoher Wahrscheinlichkeit verbundenen Opfern an Menschenleben. Es ist denn auch nur konsequent, wenn § 22 Luftsicherheitsgesetz als eingeschränkte Grundrechte auch das Recht auf Leben nennt. Die Ermächtigung des § 14 Abs. 3 dürfte indessen die einzige Norm im deutschen Rechtssystem sein, die dem Staat die Tötung Unschuldiger als Ergebnis einer quantitativen Abwägung mit der dadurch möglicherweise geretteten höheren Anzahl anderer Unschuldiger gestattet. In der parlamentarischen Debatte am 30. Januar 2004 ist die Brisanz dieser Regelung durchaus erkannt,<sup>79</sup> teilweise aber auch mit der unzutreffenden Behauptung verdrängt worden, es handele sich nur um eine Zuständigkeitsregelung,<sup>80</sup> weil die Entscheidung hierüber dem Bundesverteidigungsminister oder einem für ihn vertretungsbechtigten Regierungsmittel vorbehalten werde (so § 14 Abs. 4).

73 Näher hierzu Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 277 ff.; Pernice, in: Dreier (Fn. 51), Art. 24, Rdnr. 57.

74 Scholz, FAZ v. 10. 8. 1997; dazu auch Spranger, Innere Sicherheit durch Streitkräfteinsatz?, NJW 1999, S. 1003.

75 Stümpfer, Der Militäreinsatz darf kein Tabu sein, Die Polizei 2000, S. 162 (163).

76 Vgl. Linke (Fn. 72); Martinez-Soria, Polizeiliche Verwendungen der Streitkräfte, DVBl. 2004, S. 597 (605) sowie Wiefelspütz, Einsatz der Streitkräfte im Innern, Die Polizei 2003, S. 301.

77 BT-Drs. 15/2361 v. 14. 1. 2004; kritisch dazu Fischer-Lescano (Fn. 71), S. 68 sowie Gose, Dammbruch beim Luftsicherheitsgesetz, in: Müller-Heidelberg u. a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2004, 2004, S. 174.

78 Dies geht auch aus der amtlichen Gesetzesbegründung hervor, wonach § 14 Abs. 1 »verschiedene Maßnahmen unterhalb der Schwelle der unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt« benennt und letztere als der »schwerste aller denkbaren Eingriffe« bezeichnet wird (BT-Drs. 15/2361, S. 21).

79 Insbesondere von dem Abg. Max Stadler (FDP), Plenarprot. 15/89, S. 7893.

80 So der Abg. Hans-Christian Ströbele (B 90/Grüne), der in der Tat meinte, in diesem Gesetz »findet sich gerade keine Regelung für den Abschuss eines Flugzeuges« (BT-Plenarprot. 15/89, S. 7893 u. 7894).

Ob solche Waffeneinsätze über dem Territorium der Bundesrepublik darüber hinaus mit den detaillierten Grenzziehungen des Grundgesetzes für Bundeswehr-einsätze im Innern vereinbar sind, wird mit gutem Grund bezweifelt:<sup>81</sup> Schließlich erlauben die Art. 87 a Abs. 3 und 4 sowie Art. 35 Abs. 2 GG solche Einsätze nur im Verteidigungs- und Spannungsfall oder unter bestimmten Voraussetzungen zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, ferner bei einer Naturkatastrophe oder einem besonders schweren Unglücksfall. Angesichts dieser – als Ergebnis der Auseinandersetzungen um die Notstandsverfassung entstandenen – Beschränkungen wollen die CDU/CSU-Bundestagsfraktion sowie die Bundesländer Bayern, Hessen, Sachsen und Thüringen die Art. 35 und 87 a GG ergänzen. Nach dem Änderungsentwurf soll ein Bundesland künftig auch »im Falle terroristischer Bedrohungen Streitkräfte zur Unterstützung seiner Polizei beim Schutze von zivilen Objekten anfordern« können; der Begriff »Naturkatastrophe« soll durch »Katastrophe« ersetzt werden. In Art. 87 a Abs. 2 GG soll die Aufgabe der Verteidigung erweitert werden um die »Abwehr von Gefahren aus der Luft und von See her, zu deren wirksamer Bekämpfung der Einsatz der Streitkräfte erforderlich ist«.<sup>82</sup> – Seitens der SPD wird hingegen eine Verfassungsergänzung nicht für erforderlich gehalten. Ein terroristischer Angriff mittels eines Flugzeugs könnte schließlich, so argumentiert z. B. Wiefelstutz, einen Katastrophennotstand auslösen oder als besonders schwerer Unglücksfall betrachtet werden, weil dieser auch durch vorsätzliches Handeln verursacht werden könnte.<sup>83</sup> Mit einer solchen interpretatorischen Aufweichung der Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 87 a und 35 GG würden der Bundeswehr freilich auch andere Einsatzfelder eröffnet: Warum sollte sie dann nicht auch gegen »besonders gewalttätige Großdemonstrationen«,<sup>84</sup> gegen Straßenblockaden oder gegen Streikaktionen in Marsch gesetzt werden können? Das Militär würde damit wieder in die Rolle eines Instruments sowohl der außen- als auch der innenpolitischen Machtssicherung zurückkehren, der Soldat wäre dann sowohl als Kämpfer im Out-of-area-Einsatz als auch als Gendarm an der »Heimatfront« einsetzbar.<sup>85</sup> Dazu fehlt vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen in Deutschland offenbar noch die Bereitschaft der Verantwortlichen – auf jeden Fall stünde dem aber der klare Wortlaut des Grundgesetzes entgegen.

81 So von Gose, Bundeswehr im Inneren, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 75 (2/2003), S. 43 (47); Gramm, Bundeswehr als Luftpolizei: Aufgabenzuwachs ohne Verfassungsänderung?, NZWehrR 2003, S. 89 (95 ff.); Linke (Fn. 72), S. 894 f.; Martinez Soria (Fn. 76), S. 606; Wilkesmann, Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs, NVwZ 2002, S. 1316 (1321).

82 BT-Drs. 15/2649 u. BR-Drs. 181/04 v. 5. 3. 2004.

83 Wiefelstutz (Fn. 76), S. 304 f.; von dieser Annahme geht auch der Regierungsentwurf des Luftsicherheitsgesetzes aus, vgl. dessen § 13. Im Ergebnis ebenso Lutze, Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr, NZWehrR 2003, S. 101, der solche Einsätze im Innern als »Verteidigung« wertet.

84 So z. B. Spranger (Fn. 74), S. 1004.

85 Zu solchen Einsatzkonzepten auch Funk (Fn. 72), S. 12 f. und Winter (Fn. 20), S. 542 ff.