

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

9.3.2007

Antrag auf einstweilige Anordnung

in dem Organstreitverfahren

der Bundestagsabgeordneten

1. Dr. Peter Gauweiler,
Deutscher Bundestag, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

und

2. Willy Wimmer,
Deutscher Bundestag, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

- Antragsteller -

beide vertreten durch Professor Dr. Dietrich Murswiek,
Ordinarius für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg,

gegen

1. die Bundesregierung

vertreten durch Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel,
Bundeskanzleramt, Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlin

und

2. den Deutschen Bundestag

vertreten durch den Präsidenten Dr. Norbert Lammert MdB,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin

- Antragsgegner -

Namens und kraft Vollmacht der Antragsteller stelle ich den

Antrag,

folgende **einstweilige Anordnung** zu erlassen:

Der Bundesregierung wird aufgegeben, den Vollzug ihres Beschlusses vom 7. Februar 2007 über die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan (BT-Drs. 16/4298), dem der Bundestag am 9. März 2007 zugestimmt hat und der die Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan zum Gegenstand hat, bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.

Begründung:

I. Sachverhalt

Mit dem gleichzeitig eingereichten Hauptsacheantrag verfolgen die Antragsteller das Ziel, die Rechte des Bundestages und ihre eigenen Rechte als Bundestagsabgeordnete dagegen zu verteidigen, daß die Bundesregierung durch ihre Mitwirkung an einer stillschweigenden, die Grenzen des im Zustimmungsgesetz festgelegten Integrationsprogramms überschreitenden Änderung des NATO-Vertrages am Bundestag vorbei *ultra vires* neues Recht schafft und es so dem Bundestag unmöglich macht, seiner Verantwortung für die Wahrung des Integrationsprogramms des NATO-Vertrages nachzukommen und jedem einzelnen Abgeordneten die Wahrnehmung der Kontrollaufgabe, die er gegenüber der Regierung hat, unzumutbar erschwert. Soweit sich ihr Hauptsacheantrag gegen den Bundestag richtet, verfolgen sie das Ziel, der Verletzung ihrer Rechte als Abgeordnete entgegenzutreten, die daraus resultiert, daß die Bundestagsmehrheit dem Antrag der Bundesregierung vom 8.2.2007 zugestimmt und auf diese Weise der Bundesregierung die stillschweigende Vertragsänderung ohne Gesetzgebungsverfahren ermöglicht und damit die Ausübung der diesbezüglichen Mitwirkungsrechte der einzelnen Abgeordneten vereitelt hat.

Wie in der Antragschrift zur Hauptsache ausführlich dargelegt, hat die NATO-Führungsmacht USA mit ihrer über Jahre sich erstreckenden fortwährenden völkerrechtswidrigen Kriegsführung und ihrem immer wieder erhobenen Anspruch, mit dieser Kriegsführung legitim zu handeln und insbesondere berechtigt zu sein, gegen „Schurkenstaaten“ Präventivkriege führen zu dürfen, den Prozeß einer fundamentalen Umwandlung der zentralen Begriffe von Art. 1 und auch Art. 5 NATO-Vertrag in Gang gesetzt. Insbesondere das allgemeine Gewaltverbot droht eine völlig andere und mit dem bisherigen Verständnis, wie es der UN-Charta und der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zugrunde liegt, völlig unvereinbare Bedeutung zu erhalten. Die Bundesregierung hat diesen Prozeß durch aktives Tun gefördert, vor

allem aber dadurch, daß sie dem US-amerikanischen Anspruch und dem diesem Anspruch entsprechenden völkerrechtswidrigen Handeln nicht mit Rechtsverwahrungen entgegengetreten ist. Auch die anderen NATO-Staaten haben nicht widersprochen, sondern sich zum Teil an der völkerrechtswidrigen Kriegsführung der USA beteiligt.

Wie weit der Prozeß der Umwandlung der Zentralbegriffe des NATO-Vertrages durch diese *subsequent practice* bereits fortgeschritten ist, kann weder der Bundestag noch ein einzelner Abgeordneter ohne weiteres beurteilen. Da die völkerrechtswidrige Praxis der USA sowie die durch Unterstützungshandlungen praktizierte oder durch stillschweigende Hinnahme erfolgte Billigung der NATO-Partner nun schon seit mehr als vier Jahren andauert – die National Security Strategy, die den Anspruch auf Führung von Präventivkriegen erhob, wurde im September 2002 veröffentlicht –, ist zu befürchten, daß jetzt jeder zusätzliche Schritt, den ein Staat unternimmt, der als ein Element der Staatenpraxis die *subsequent practice* im Sinne des US-amerikanischen Vorgehens anreichtert, der Schritt sein könnte, der diesen Umwandlungsprozeß zum Abschluß bringt.

Daher besteht die Gefahr, daß der von der Regierung am 7.2.2007 beschlossene und vom Bundestag am 9.3.2007 gebilligte Tornado-Einsatz in Afghanistan dieser letzte Schritt ist. Wird dieser Schritt durchgeführt, dann könnten dadurch vollendete Fakten geschaffen und die Wahrnehmung der Rechte des Bundestages und der Antragsteller endgültig vereitelt werden.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten des Sachverhalts verweise ich auf die Ausführungen zur Begründetheit in der Antragschrift des Hauptsacheverfahrens.

II. Zulässigkeit

Der Antrag wird im Rahmen eines Organstreits gestellt. Der Antrag in der Hauptsache wird gleichzeitig eingereicht.

Hinsichtlich der Antragsberechtigung und der Antragsbefugnis verweise ich auf die Antragschrift zur Hauptsache.

Daß ein Antragsgrund im Sinne von § 32 Abs. 1 BVerfGG gegeben ist, wird im Rahmen der Begründetheit (unten III.) dargelegt.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben. Die Antragsteller haben keine andere Möglichkeit, ohne eine durch das Bundesverfassungsgericht erlassene einstweilige Anordnung die Wahrung ihrer Rechte und der Rechte des Bundestages zu sichern.

III. Begründetheit

1. Zulässigkeit der Hauptsache

Voraussetzung für die Begründetheit eines Antrags auf einstweilige Anordnung ist zunächst, daß der Hauptsacheantrag nicht unzulässig ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt. Wie in der Antragschrift zur Hauptsache dargelegt, ist der Hauptsacheantrag zulässig.

2. Keine offensichtliche Unbegründetheit der Hauptsache

Voraussetzung ist weiterhin, daß der Hauptsacheantrag nicht offensichtlich unbegründet ist. Wie sich aus den Darlegungen zur Begründetheit in der Antragschrift im Hauptsacheverfahren ergibt, ist der Hauptsacheantrag begründet.

Wäre der Hauptsacheantrag offensichtlich begründet, so hätte das Bundesverfassungsgericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne Folgenabwägung zu entsprechen. Von einer offensichtlichen Begründetheit wird man angesichts des Umstandes nicht ausgehen können, daß die Begründetheit auf der Annahme beruht, daß ein Prozeß der Änderung des NATO-Vertrages durch *subsequent practice* im Gange ist. Falls der Antragsgegner die Darlegungen zu der entsprechenden Staatenpraxis bestreitet, sind dazu Tatsachenfeststellungen notwendig, so daß die Rechtslage nicht schon auf der Basis der Schriftsätze definitiv beurteilt werden kann. Somit kommt es für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf eine Folgenabwägung an.

3. Folgenabwägung

a) Wenn die beantragte einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, hätte dies für den Bundestag und für die Antragsteller äußerst schwerwiegende Folgen. Die Mitwirkungsrechte des Bundestages an der Auswärtigen Gewalt bei Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages und die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Abgeordneten wären dann nämlich de facto verwirkt. Mit der Ausführung des Regierungsbeschlusses vom 7. Februar 2007 würden Fakten geschaffen, die allenfalls theoretisch, nicht aber praktisch reversibel wären. Auf jeden Fall irreversibel verletzt wären die Rechte des Bundestages und der Antragsteller.

Würde nämlich der Regierungsbeschluß ausgeführt und die Tornados nach Afghanistan entsandt, dann könnte hierdurch der Prozeß des Bedeutungswandels von Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag zum Abschluß gebracht werden. Die Beteiligung der Bundeswehr an einem Einsatz, der nicht auf einem Mandat des Sicherheitsrats beruht und der durch das Selbstverteidigungsrecht nicht mehr gedeckt ist – nämlich an der *Operation Enduring Freedom* (OEF), für die die Tornado-Aufklärungsbilder zur Verfügung stehen werden – und die damit verbundene Unterstützung der US-amerikanischen Kriegsführung, die dem Willen der afghanischen Regierung und des afghanischen Parlaments widerspricht und mit den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts unvereinbar ist (dazu ausführlich in der Antragschrift zur Hauptsache unter C.I.3.b cc), könnte der letzte Schritt in der Abfolge einer sich über mehrere Jahre erstreckenden Praxis der Vertragsstaaten sein, durch den diese Praxis sich zu einer Regel des

geltenden Rechts verfestigt, welche an die Stelle des bisherigen Inhalts der Art. 1 und 5 NATO-Vertrag tritt.

Tritt dieses Ergebnis als Folge der Durchführung des Regierungsbeschlusses ein, dann ist das Mitwirkungsrecht des Parlaments an einer die Grenzen des Integrationsprogramms überschreitenden Fortentwicklung des NATO-Vertrages endgültig verletzt. Entsprechendes gilt für die Rechte der Antragsteller, die Regierung in diesem Zusammenhang zu kontrollieren und am Gesetzgebungsverfahren mitzuwirken. Zu diesen Rechten verweise ich auf die Abschnitte C.II. und C.III. der Antragschrift im Hauptsacheverfahren.

Werden die aufgrund der *subsequent practice* der NATO-Staaten im Entstehen befindlichen neuen Inhalte verbindliches Völkerrecht, dann ist die Bundesrepublik Deutschland daran gebunden, ohne daß – wie verfassungsrechtlich vorgeschrieben – der Gesetzgeber daran mitgewirkt hat und ohne daß diese Rechtsänderung Gegenstand einer wirksamen parlamentarischen Kontrolle war. Diese völkerrechtliche Bindung dadurch rückgängig zu machen, daß die Bundesregierung mit den NATO-Partnern über eine auf dieses Ziel gerichtete Änderung des Vertrages oder auch nur auf eine authentische Interpretation des Vertrages hinwirkte, die den ursprünglichen Vertragsinhalt wieder herstellt, ist angesichts der klaren US-amerikanischen Position de facto ausgeschlossen. Somit könnte sich Deutschland den neu entstandenen Bindungen, die nicht nur unter Verletzung der Rechte des Bundestages und der Antragsteller zustande gekommen, sondern zudem auch wegen Verstoßes gegen Art. 24, 25 und 26 GG materiell verfassungswidrig wären, nur noch durch Austritt aus der NATO entziehen. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß dies für die Bundesrepublik Deutschland eine außenpolitische Katastrophe höchsten Ausmaßes wäre. Deshalb muß unbedingt verhindert werden, daß Deutschland in eine solche Situation hineingerät.

b) Würde dagegen die einstweilige Anordnung erlassen und stellte sich später heraus, daß die Hauptsacheanträge unbegründet sind, so würden keine schwerwiegenden und irreversiblen Folgen eintreten. Der Einsatz der Tornados würde sich lediglich für die entsprechende Zeit verzögern. Es ist zwar nicht auszuschließen, daß das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland innerhalb der NATO hierdurch in Mitleidenschaft gezogen wird. Jedoch handelt es sich bei den NATO-Staaten um Verfassungsstaaten, die Verständnis dafür haben, daß ein Mitgliedstaat nur in Übereinstimmung mit seiner Verfassung handeln kann und für die Respekt vor der Entscheidung des Verfassungsgerichts seine Selbstverständlichkeit ist.

Im übrigen hat die Bundesregierung es in der Hand, darauf hinzuwirken, daß Voraussetzungen hergestellt werden, unter denen die Entsendung der Tornado-Aufklärungsflugzeuge keine verfassungs- und völkerrechtswidrigen Konsequenzen hätte. Dies wäre z.B. der Fall, wenn

- die OEF auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt wird, nämlich – soweit sie in Afghanistan operiert – auf eine Ermächtigung durch die afghanische Regierung unter ausdrücklicher Aufgabe des Anspruchs, noch immer in Selbstverteidigung zu handeln,
- und die US-Regierung völkerrechtlich verbindlich zusichert, hinsichtlich der Art und Weise der Kriegsführung nicht gegen den Willen der afghanischen Regierung zu handeln und die Grundsätze des humanitären Völkerrechts zu achten.

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nicht mehr zu befürchten, daß mit dem Vollzug des Beschlusses vom 7.2.2007 ein Beitrag – und möglicherweise der entscheidende Beitrag – zur Änderung des NATO-Vertrages geleistet wird und daß auf diese Weise die Rechte der Antragsteller verletzt werden. Das Bundesverfassungsgericht kann die einstweilige Anordnung aufheben, wenn die Bundesregierung die Erfüllung dieser Voraussetzungen nachweist, da sich ihr Zweck, die Rechte der Antragsteller zu sichern, dann erledigt hat.

c) Wägt man die Gründe ab, die für und gegen den Erlaß der beantragten einstweiligen Anordnung sprechen, so wiegen die Gründe für den Erlaß der einstweiligen Anordnung eindeutig wesentlich schwerer: Die Rechte der Antragsteller würden irreversibel verletzt, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge und sich die Hauptsacheanträge als begründet erwiesen, während die Rechte der Bundesregierung nur vorübergehend beeinträchtigt würden, wenn die einstweilige Anordnung erginge und die Hauptsacheanträge unbegründet wären.

Die Rechtsverletzung auf seiten der Antragsteller wäre außerordentlich schwerwiegend, da es um die Mitentscheidung in einer für das Gemeinwesen und für die Verantwortung der Abgeordneten gegenüber dem Wähler fundamentalen Frage geht, nämlich um die Frage, ob der NATO-Vertrag einen Inhalt erhält, der die NATO und ihre Mitgliedstaaten zum Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot und zur Führung von Präventivkriegen im Sinne der amerikanischen Präventivkriegsstrategie ermächtigen würde, einen Inhalt also, der mit zentralen Verfassungsnormen unvereinbar ist und so niemals vom Bundestag gebilligt werden würde.

Demgegenüber wäre die Beeinträchtigung der Rechte der Bundesregierung zeitlich limitiert und nicht sehr schwerwiegend, zumal – wie gezeigt – die Bundesregierung es in der Hand hätte, schon vor Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache dafür zu sorgen, daß die einstweilige Anordnung aufgehoben werden kann. Dadurch würde die zeitliche Behinderung der Rechte der Bundesregierung noch wesentlich verkürzt. Die Bundesregierung kann dafür sorgen, daß OEF auf den Boden des Völkerrechts zurückkehrt. Sollte die US-Regierung dies ablehnen und dabei bleiben, weiterhin in Afghanistan auf der Basis des Selbstverteidigungsrechts agieren zu dürfen und weder auf den Willen der afghanischen Regierung noch auf die Zivilbevölkerung Rücksicht nehmen zu müssen, dann läge es auf der Hand, daß es kein berechtigtes Interesse der Bundesregierung geben könnte, die OEF in irgendeiner Weise zu unterstützen. Außenpolitische Probleme, die daraus resultieren, daß die Bundesrepublik Deutschland sich weigert, eine völkerrechtswidrige Militäroperation zu unterstützen, können in der Folgenabwägung nicht zugunsten der Bundesregierung in die Waagschale fallen. Denn das Grundgesetz verpflichtet alle Staatsorgane zu einem Handeln in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht.

Schon aus diesen Gründen wiegen die Gesichtspunkte wesentlich schwerer, die zugunsten der Antragsteller sprechen.

Hinzu kommt, daß bei der Gewichtung der Interessen der Bundesregierung zu berücksichtigen ist, daß im Falle des Erlasses der einstweiligen Anordnung und des Erfolgs in der Hauptsache mit dieser einstweiligen Anordnung die Bundesregierung vor der oben geschilderten Situation bewahrt wird, daß eine verfassungswidrige Rechtslage entstanden ist, der sie sich

nur durch Kündigung der NATO-Mitgliedschaft und somit durch Herbeiführung einer außenpolitischen Katastrophe entziehen könnte. Gegenüber den daraus resultierenden außenpolitischen Problemen wiegen diejenigen leicht, die daraus resultieren, daß Deutschland in dem Fall, daß die einstweilige Anordnung erlassen wird, vorübergehend keine Tornados nach Afghanistan schickt.

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist begründet.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)