

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schloßbezirk 3  
76131 Karlsruhe

9.3.2007

## 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 -

## Gliederung

Antrag, .....	4
Begründung.....	4
A. Konkretisierung des Antrags.....	5
B. Zulässigkeit .....	5
I. Parteifähigkeit.....	5
II. Antragsbefugnis .....	6
1. Prozeßstandschaftliche Geltendmachung von Rechten des Bundestages.....	6
a) Der Abgeordnete als „Teil“ des Bundestages.....	6
aa) Die bisherige Rechtsprechung .....	6
bb) Der Wortlaut.....	7
bb) Systematischer Zusammenhang mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG .....	8
cc) Die Berechtigung zur Prozeßstandschaft.....	9
b) Besonderheit bei Antragstellung durch Angehörige einer Regierungsfraktion .....	14
2. Geltendmachung eigener Rechte der Antragsteller .....	15
3. Möglichkeit der Rechtsverletzung.....	15
III. Antragsgegenstand.....	15
IV. Frist.....	16
V. Ergebnis .....	16
C. Begründetheit .....	16
I. Verletzung der Mitwirkungsrechte des Bundestages .....	16
1. Das Integrationsprogramm als Grenze der Fortentwicklung des NATO-Vertrages.....	16
2. Der Bedeutungswandel von Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag.....	18
a) Der bisherige Inhalt von Art. 1 NATO-Vertrag .....	18
aa) Das Gewaltverbot als Verpflichtung der NATO und ihrer Mitgliedstaaten .....	18
bb) Das Gewaltverbot des Art. 1 NATO-Vertrag als Teil des Integrationsprogramms .....	20
cc) Der Inhalt des Gewaltverbots.....	21
b) Die mit Art. 1 NATO-Vertrag unvereinbare Strategie und Kriegsführung der USA .....	23
aa) Die Präventivkriegsstrategie .....	23
bb) Der völkerrechtswidrige Angriffskrieg auf den Irak .....	24
cc) Die völkerrechtswidrige Kriegsführung im Irak und in Afghanistan .....	27
dd) Die völkerrechtswidrige Behandlung Gefangener .....	31
ee) Die Auflösung des Angriffsbegriffs im „Krieg gegen den Terror“ .....	33
(1) Internationaler Terror als „Angriff“ und Fall der Selbstverteidigung.....	34
(2) Der 11. September 2001 als Fall des Selbstverteidigungsrechts.....	34
(3) Das Ende der Selbstverteidigungslage in Afghanistan .....	35

(4) Die Behauptung einer fortbestehenden Selbstverteidigungslage durch die USA .....	36
(5) Die Überschreitung der von der Regierung Afghanistans gegebenen Ermächtigung zur militärischen Bekämpfung Aufständischer .....	37
c) Die Gefahr einer fundamentalen Änderung des NATO-Vertrages .....	38
aa) Inhaltsänderung des NATO-Vertrages durch Vertragspraxis bzw. durch Gewohnheitsrecht .....	39
(1) Die Auswirkung der Praxis der USA auf die unbestimmten Rechtsbegriffe von Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag .....	40
(2) Aktive Beteiligung anderer NATO-Staaten beziehungsweise der NATO .....	43
(3) Fehlender Widerspruch durch die übrigen NATO-Staaten .....	43
bb) Die Fundamentalität der im Gange befindlichen Änderung .....	45
cc) Die Unabgeschlossenheit des Wandlungsprozesses .....	45
3. Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Fortentwicklung des NATO-Vertrages <i>ultra vires</i> .....	45
a) Mitwirkung durch Unterlassen .....	45
aa) Das Unterlassen völkerrechtlichen Protests .....	45
bb) Die Pflicht zum Handeln .....	48
b) Mitwirkung durch Handeln .....	48
aa) Unterstützung des völkerrechtswidrigen Irak-Krieges .....	48
bb) Mitwirkung an der Auflösung des völkerrechtlichen Angriffsbegriffs .....	49
cc) Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan .....	49
c) Die Notwendigkeit, den Bedeutungswandel des Vertrages jetzt zu stoppen .....	51
4. Ergebnis .....	52
II. Verletzung der Rechte der Antragsteller durch die Bundesregierung .....	52
III. Verletzung der Rechte der Antragsteller durch den Bundestag .....	55

Namens und kraft Vollmacht der Antragsteller stelle ich den

## **Antrag,**

folgende Feststellungen zu treffen:

1. Die Bundesregierung hat die Rechte des Bundestages aus Artikel 59 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 2 GG sowie die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß sie es unterlassen hat, einem das Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag überschreitenden stillen Bedeutungswandel von Artikel 1 NATO-Vertrag entgegenzuwirken, und daß sie sich aktiv an diesem Bedeutungswandel beteiligt.
2. Der Bundestag hat die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß er durch den Beschluß vom 9. März 2007 über den Antrag der Bundesregierung vom 8.2.2007 (BT-Drs. 16/4298) über die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan der Bundesregierung einen Militäreinsatz ermöglicht, der nur nach Änderung des NATO-Vertrages unter parlamentarischer Beteiligung in Form eines Zustimmungsgesetzes hätte ermöglicht werden dürfen.

## **Begründung**

Die Antragsteller sind Bundestagsabgeordnete. Sie gehören der CDU/CSU-Fraktion an und sind Mitglieder des Auswärtigen Ausschusses. Sie bemühen sich seit Jahren, mit parlamentarischen Initiativen und kritischen Beiträgen außenpolitischen Entwicklungen entgegenzutreten, die völkerrechtswidrige Konsequenzen haben können. Im Zusammenhang mit dem Beschluß der Bundesregierung vom 7.2.2007, Tornado-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan zu schicken, haben sie alles ihnen auf parlamentarischem Wege Mögliche getan, um dieses Vorhaben zu stoppen. Sie haben im Plenum des Bundestages, im Auswärtigen Ausschuß, in ihrer Fraktion und ihren Landesgruppen sowie in der außenpolitischen Arbeitsgruppe ihrer Fraktion ihre Auffassung vorgetragen. Darüber hinaus haben sie in Briefen an den Fraktionsvorsitzenden<sup>1</sup>, an den Bundestagspräsidenten<sup>2</sup> sowie an den Verteidigungsminister<sup>3</sup> ihre rechtlichen Einwände gegen die Entsendung der Aufklärungsflugzeuge vorgetragen und sich vergeblich dafür eingesetzt, daß der Bundestag die Beschlußfassung über den Antrag der Bun-

---

<sup>1</sup> Briefe vom 8.1.2007 und vom 19.2.2007 an den Vorsitzenden der CDU/CSU-Fraktion Volker Kauder (Kopien anbei).

<sup>2</sup> Brief vom 21.2.2007 an den Präsidenten des Deutschen Bundestages Dr. Norbert Lammert (Kopie anbei).

<sup>3</sup> Briefe vom 8.2.2007 und vom 26.2.2007 an den Bundesminister der Verteidigung Dr. Franz Josef Jung (Kopien anbei).

desregierung von der Tagesordnung nimmt und daß er die Bundesregierung auffordert, den Antrag zurückzunehmen<sup>4</sup>.

## **A. Konkretisierung des Antrags**

Der im Antrag genannte fundamentale Bedeutungswandel des NATO-Vertrages droht dadurch einzutreten, daß die USA völkerrechtswidrig eine Befugnis zur Führung von Präventivkriegen in Anspruch nehmen und zudem behaupten, daß ihre Kriegsführung im Irak und in Afghanistan trotz evidenter und schwerwiegender Völkerrechtsverletzungen mit den Grundsätzen der Vereinten Nationen vereinbar sei, und dadurch, daß die anderen NATO-Staaten dies ohne Rechtsverwahrung hinnehmen. Die Bundesregierung hat es unterlassen, dem völkerrechtswidrigen Verhalten der USA zu widersprechen und den USA die Rechtswidrigkeit und insbesondere die Unvereinbarkeit dieses Verhaltens mit dem NATO-Vertrag entgegenzuhalten. Sie hat sich darüber hinaus an völkerrechtswidrigen Handlungen der USA beteiligt, indem sie für den Irak-Krieg Hilfe geleistet hat und indem sie jetzt die völkerrechtswidrige Kriegsführung der USA im Rahmen der *Operation Enduring Freedom*, insbesondere durch die Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan unterstützt.

Im folgenden wird – nach Darlegung der Zulässigkeit (B.) – zunächst ausgeführt, warum die Mitwirkung der Bundesregierung an einem das Integrationsprogramm überschreitenden Bedeutungswandel des NATO-Vertrages die Rechte des Bundestages verletzt (C.I.1.). Sodann wird der durch die Politik der USA eingeleitete stille Bedeutungswandel von Art. 1 NATO-Vertrag vor dem Hintergrund der bisherigen Bedeutung dieser Bestimmung analysiert (C.I.2.). Dann wird im einzelnen beschrieben, worin die hinsichtlich dieses Bedeutungswandels relevanten Unterlassungen und Handlungen der Bundesregierung bestehen (C.I.3.). Im Anschluß wird dargelegt, warum dadurch nicht nur Rechte des Bundestages, sondern zugleich auch Rechte der Abgeordneten und somit auch der Antragsteller verletzt sind (C.II.). Und schließlich wird ausgeführt, warum auch der Bundestag mit seiner Beschlußfassung über den Antrag der Bundesregierung die Rechte der Antragsteller verletzt hat (C.III.).

## **B. Zulässigkeit**

### **I. Parteifähigkeit**

Die Antragsteller sind als Bundestagsabgeordnete sind sie im Organstreit parteifähig. Das ergibt sich aus § 63 BVerfGG, da die Abgeordneten Teile des Bundestages und im Grundgesetz und in der Geschäftsordnung des Bundestages mit eigenen Rechten ausgestattet sind (da-

---

<sup>4</sup> In den Briefen an den Fraktionsvorsitzenden sowie an den Bundestagspräsidenten (Fn. 1 und 2). Außerdem wurde der Brief an den Bundestagspräsidenten in der Plenarsitzung des Bundestages vom 28.2.2007 zu Protokoll gegeben, BT StenBer 16/8189-8191.

zu näher unten II.1.). Im übrigen sind sie jedenfalls „sonstige Beteiligte“ im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Auch die Antragsgegner sind gemäß § 63 BVerfGG parteifähig.

## II. Antragsbefugnis

### 1. Prozeßstandschaftliche Geltendmachung von Rechten des Bundestages

Die Antragsteller machen die Verletzung von Rechten des Bundestages durch die Bundesregierung geltend. Die prozeßstandschaftliche Wahrnehmung von Rechten des Bundestages steht gemäß §§ 64, 63 BVerfGG „Teilen“ des Bundestages zu. Das Bundesverfassungsgericht hat sie bisher nur den Fraktionen, nicht jedoch einzelnen Abgeordneten zugestanden. Der vorliegende Fall bietet Anlaß, diese Rechtsprechung grundlegend zu überdenken (a). Zumindest aber muß für eine Fallkonstellation wie die vorliegende eine Ausnahme zugelassen werden (b).

#### a) Der Abgeordnete als „Teil“ des Bundestages

Das Bundesverfassungsgericht hat in vielen Fällen Fraktionen als „Teile“ des Bundestages im Sinne von § 63 BVerfGG angesehen und diesen Teilen das Recht zugestanden, nicht nur die Verletzung eigener Rechte, sondern auch die Verletzung von Rechten des Bundestages im Organstreit zu rügen. Im übrigen hat es nur die anderen „nach der Geschäftsordnung ständig vorhandenen Gliederungen des Bundestages“ als „Teile“ dieses Organs angesehen<sup>5</sup>. Mit dieser Formulierung wurden sonstige Gruppen von Abgeordneten, die sich nach anderen Gesichtspunkten von Fall zu Fall zusammenfinden – wie z.B. Abstimmungsmehrheiten oder Abstimmungsminderheiten bezüglich einer bestimmten Parlamentsentscheidung – aus dem Begriff des Organteils ausgegrenzt<sup>6</sup>.

#### aa) Die bisherige Rechtsprechung

Soweit ersichtlich gibt es nur einen einzigen Fall, in dem das Bundesverfassungsgericht explizit gesagt hat, daß es einzelne Abgeordnete nicht als „Teile“ des Bundestages i.S. von § 63 BVerfGG betrachte und daß ihnen demgemäß nicht die Befugnis zustehe, Rechte des Bundestages prozeßstandschaftlich geltend zu machen, nämlich das Urteil vom 12.7.1994<sup>7</sup>. In anderen Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht gesagt hatte, daß die Prozeßstandschaft „nur“ Fraktionen oder anderen nach der Geschäftsordnung oder nach dem Grundgesetz festgefügt Gruppen zustehen könne, so daß man implizit folgern könnte, damit solle auch der einzelne Abgeordnete von der Prozeßstandschaft ausgeschlossen werden, ging es nur um die Abgrenzung gegenüber anderen *Gruppen* von Abgeordneten. Solche – nicht durch das Grundgesetz oder die Geschäftsordnung als ständige Einrichtungen institutionalisierte – Gruppen sind also nach ständiger Rechtsprechung im Unterschied zu den Fraktionen nicht „Teile“ des Bundestages. Daß der einzelne Abgeordnete nicht Teil sei, folgt demgegenüber

---

<sup>5</sup> Vgl. *BVerfGE* 2, 143 (160); 90, 286 (343).

<sup>6</sup> Vgl. z.B. *BVerfGE* 2, 143 (160 ff.).

<sup>7</sup> *BVerfGE* 90, 286 (343 f.).

explizit nur aus der einen genannten Entscheidung, so daß man insoweit keineswegs von einer „ständigen Rechtsprechung“ sprechen kann, zumal dieser Entscheidung zwei andere gegenüberstehen, in denen das Bundesverfassungsgericht zum einen implizit davon ausgegangen war, daß auch der einzelne Bundestagsabgeordnete „Teil“ des Bundestages sei<sup>8</sup>, zum anderen explizit gesagt hatte, daß ein einzelner Bürgerschaftsabgeordneter Teil der Bürgerschaft sei<sup>9</sup>.

Eine ständige Rechtsprechung gibt es demgegenüber nur in bezug darauf, welche *Gruppen* von Abgeordneten als „Teile“ des Bundestages auch prozeßstandschaftlich für den Bundestag tätig werden können und welche nicht. Und im Hinblick auf die eine Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht explizit dem einzelnen Abgeordneten die Berechtigung zur prozeßstandschaftlichen Geltendmachung der Rechte des Bundestages abgesprochen hat, hatte der Senat keinen Anlaß, vertieft über das Problem nachzudenken. Denn von der Entscheidung hing praktisch nichts ab, da die betreffenden FDP-Abgeordneten zugleich als Fraktion einen Antrag gestellt hatten, der unproblematisch zulässig war und mit dem sie auch die Verletzung der Rechte des Bundestages geltend machen konnten. Das Bundesverfassungsgericht hat in jener Entscheidung praktisch nur eine doppelte Antragstellung durch dieselbe Gruppe abgewehrt, die nach dem Motto „doppelt genäht hält besser“ unter sozusagen zwei verschiedenen Firmenbezeichnungen denselben Antrag zweimal gestellt hatte.

#### bb) Der Wortlaut

Ausgangspunkt für die Bestimmung, wer prozeßstandschaftlich die Rechte des Bundestages geltend machen kann, ist der Wortlaut des § 63 BVerfGG. Diese Norm regelt die Parteifähigkeit. Diese wird den dort genannten Bundesorganen, darunter dem Bundestag, zuerkannt sowie den „im Grundgesetz oder in den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile(n) dieser Organe“.

Sprachlich ist der Abgeordnete zweifellos „Teil“ des Bundestages. „Teil“ ist der Gegenbegriff zu „das Ganze“. Jede Untergliederung eines Ganzen ist ein Teil. Jedes Kollektiv von Menschen setzt sich aus Individuen zusammen. Diese sind die kleinsten Teile des Kollektivs.

Der Bundestag ist das Staatsorgan, das sich aus den Abgeordneten als den Repräsentanten des Volkes zusammensetzt. Diese sind notwendige Teile des Bundestages, und sie sind seine wichtigsten Teile. Man kann auch sprachlich nicht etwa den Begriff des Mitglieds in einen Gegensatz zum Begriff des Teils bringen und etwa argumentieren, die Abgeordneten seien Mitglieder und nicht Teile des Bundestages<sup>10</sup>. Vielmehr sind die Mitglieder eines Organs selbstverständlich Teile des Organs.

---

<sup>8</sup> BVerfGE 60, 319 (325).

<sup>9</sup> BVerfGE 62, 194 (200).

<sup>10</sup> Entgegen *Clemens*, in: Umbach u.a., BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 Rn. 6. Es gibt weder in der Allgemeinsprache noch in der juristischen Terminologie einen Sprachgebrauch, der die Begriffe „Mitglieder“ und „Teile“ als einander ausschließend versteht.

## bb) Systematischer Zusammenhang mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG

Die Parteifähigkeit ist in § 63 BVerfGG anders definiert als in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Zwar regelt Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht ausdrücklich die Parteifähigkeit im Organstreit, setzt diese aber für die dort genannten Subjekte, nämlich die obersten Bundesorgane und „andere Beteiligte, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind“, logisch zwingend voraus.

Der Begriff „andere Beteiligte“ taucht in § 63 BVerfGG nicht auf. Stattdessen ist dort von „Teile(n) dieser Organe“ die Rede. Ein Grund für den abweichenden Sprachgebrauch ist nicht ersichtlich. Klar ist jedenfalls, daß alle „anderen Beteiligten“ im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG die Parteifähigkeit im Organstreit besitzen. Zu diesen „anderen Beteiligten“ gehören unstreitig auch die Bundestagsabgeordneten. Das systematische Verhältnis zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG spricht dafür, die unterschiedlichen Begriffe synchron zu verstehen. Nur wenn man sie bedeutungsgleich verwendet, werden Diskrepanzen in den Anwendungsvoraussetzungen vermieden, die nach dem systematischen Zusammenhang nicht auftreten dürfen.

Eine Bedeutungsverschiedenheit ist nur zu rechtfertigen, soweit es um „Beteiligte“ geht, die nicht Teile eines Bundesorgans sind. Solche Beteiligte sind die politischen Parteien, wenn man den parteienstaatlichen Denkansatz teilt, daß die politischen Parteien wegen ihres besonderen Status gemäß Art. 21 GG und ihrer Rolle als Schnittstelle zwischen Volk und Staatsorganen im politischen Willensbildungsprozeß im Hinblick auf Wahlkämpfe und auf die Durchführung von Parlamentswahlen als „Verfassungsorgane“ anzusehen seien<sup>11</sup>. Da die politischen Parteien als „andere Beteiligte“, die im Organisationsrecht des Grundgesetzes einen besonderen Status haben und somit vom Grundgesetz „mit eigenen Rechten ausgestattet“ sind, vom Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG erfaßt werden, muß ihnen auf der Basis dieses Denkansatzes über den Wortlaut des § 63 BVerfGG hinaus die Parteifähigkeit im Organstreit im Wege ausdehnender Auslegung zuerkannt werden.

Im Hinblick auf den einzelnen Abgeordneten hingegen ist eine solche ausdehnende und den Wortlaut von § 63 BVerfGG mißachtende Auslegung nicht nötig, denn er ist „Teil“ des Bundestages. In bezug auf sie gibt es zwischen den Vorschriften keinen Widerspruch, der durch eine den Wortlaut von § 63 BVerfGG beiseite schiebende Auslegung überwunden werden müßte, sondern beide Vorschriften haben insoweit denselben Regelungsgehalt, nur daß sie sich dafür unterschiedlicher Vokabeln bedienen.

Der einzelne Bundestagsabgeordnete ist somit eindeutig im Organstreit parteifähig, und zwar sowohl nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als auch nach § 63 BVerfGG.

---

<sup>11</sup> Bekanntlich setzt sich in der Lit. zunehmend die Auffassung durch, daß die politischen Parteien als dem Bereich der Gesellschaft im Unterschied zur Staatsorganisation zugehörige Vereinigungen freier Bürger nicht im Organstreit beteiligungsfähig sein können, sondern ihre Rechte mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen müssen, vgl. z.B. *Isensee*, in: FS Helmrich, 1994, S. 229 (240 f.); *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2006, S. 136 Fn. 65; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 92 m.w.N.

In der Literatur wird zwar die Auffassung vertreten, die Parteifähigkeit des einzelnen Abgeordneten ergebe sich nur aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und nicht aus § 63 BVerfGG; er sei zwar ein „anderer Beteiligter“ aber kein „Teil“ des Bundestages<sup>12</sup>. Diese Auffassung läßt sich jedoch weder mit dem Wortlaut der Vorschriften noch mit ihrer systematischen Zuordnung rechtfertigen. Weder begrifflich noch systematisch sind „andere Beteiligte“ und „Teile des Bundestages“ einander ausschließende Gegensätze. Vielmehr ist der Begriff des „anderen Beteiligten“ ein Gegenbegriff lediglich zu den „obersten Bundesorganen“. „Andere Beteiligte“ im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG können Teile oberster Bundesorgane sein, oder es können sonstige Beteiligte sein, die nicht zugleich Teile oberster Bundesorgane sind. Der Begriff der „anderen Beteiligten“ ist also weiter als derjenige des Organteils: Alle Organteile i.S. von § 63 BVerfGG sind zugleich „andere Beteiligte“ i.S. von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, während nicht alle „anderen Beteiligten“ – insbesondere die politischen Parteien – Organteile sind.

### cc) Die Berechtigung zur Prozeßstandschaft

Der Begriff des Organteils hat nach der Rechtsprechung eine Doppelfunktion: Er beschreibt nicht nur die Parteifähigkeit, sondern zugleich auch die Berechtigung, Rechte des jeweiligen Organs prozeßstandschaftlich geltend zu machen. Dieses Recht soll nur Organteilen im Sinne von § 63 BVerfGG zustehen, nicht „anderen Beteiligten“, die nicht Organteile sind.

Das mag im Ergebnis richtig sein, sofern man nur den Begriff des Organteils richtig versteht. Vom Wortlaut und vom systematischen Ausgangspunkt her muß man aber sehen, daß die Frage der Prozeßstandschaft nicht in § 63 BVerfGG, sondern in § 64 Abs. 1 BVerfGG – unter dem Aspekt der Antragsbefugnis – geregelt ist. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, daß „er oder das Organ, dem er angehört“, in seinen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Der Wortlaut von § 64 Abs. 1 BVerfGG regelt also einen Fall der gesetzlichen Prozeßstandschaft: Die Verletzung von Rechten eines obersten Bundesorgans kann im Organstreit nicht nur von dem Organ selbst, sondern auch von jedem parteifähigen Antragsteller geltend gemacht werden, der dem Organ „angehört“.

Der Wortlaut des § 64 Abs. 1 BVerfGG ist völlig klar: Jeder Antragsteller, der einem Organ angehört, kann geltend machen, daß Rechte des betreffenden Organs verletzt sind. Voraussetzung dafür ist natürlich die Parteifähigkeit, die ja die Fähigkeit ist, überhaupt Antragsteller zu sein. Unter den möglichen, also den parteifähigen Antragstellern spricht § 64 Abs. 1 BVerfGG diejenigen die Berechtigung zur prozeßstandschaftlichen Wahrnehmung der Organrechte zu, die dem Organ angehören. Dies allein ist nach dem Wortlaut das Kriterium. Ausgeschlossen von der Berechtigung, prozeßstandschaftlich tätig zu werden, sind somit die Organe selbst (in bezug auf andere Organe), die sonstigen Beteiligten, die – wie die politischen Parteien – nicht einem Organ angehören und in diesem Sinne nicht Teile eines Organs sind, und die Teile eines Organs insoweit, als sie nicht Rechte des Organs geltend machen, dem sie angehören, sondern Rechte eines anderen Organs.

---

<sup>12</sup> Vgl. z.B. *Clemens*, in: *Umbach u.a.*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 Rn. 8.

Somit kann es nur fraglich sein, ob es systematische Gründe gibt, aus denen entgegen dem klaren Wortlaut des § 64 Abs. 1 BVerfGG die Befugnis zur Prozeßstandschaft eingeschränkt werden müßte.

Ein solcher systematischer Gesichtspunkt ergibt sich nicht etwa aus dem Zusammenhang mit § 63 BVerfGG, der den Begriff des Organteils verwendet. Denn wie bereits dargelegt, sind alle Angehörigen eines Organs zugleich Teile dieses Organs. Wollte man den Begriff des „Teils“ in § 63 BVerfGG enger verstehen, wäre dies begründungsbedürftig. Die Bezugnahme auf § 63 BVerfGG kann also eine Begründung nicht ersetzen.

Ein systematischer Ansatz für eine einschränkende Interpretation könnte der Hinweis auf den Gesichtspunkt sein, daß im deutschen Prozeßrecht in der Regel nur eigene Rechte geltend gemacht werden können und die Prozeßstandschaft somit eine Ausnahme ist. Ausnahmevorschriften sind aber im Zweifel eng auszulegen. Dieser Auslegungsgrundsatz berechtigt jedoch nicht dazu, eine Ausnahmevorschrift gegen ihren Wortlaut auf einen eng begrenzten Teil des vom Wortlaut abgedeckten Anwendungsbereichs zu reduzieren. Er berechtigt lediglich dazu, in der die gesetzliche Prozeßstandschaft regelnden Vorschrift verwendete unbestimmte Rechtsbegriffe in dem vom Wortlaut und vom systematischen Zusammenhang vorgegebenen Rahmen tendenziell eng zu interpretieren.

Ein Anknüpfungspunkt für eine restriktive Auslegung könnte das Wort „angehört“ sein. Zur Prozeßstandschaft berechtigt ist nur derjenige Antragsteller, der als solcher dem Organ angehört. Damit läßt sich die Rechtsprechung begründen, nach der Fraktionen, nicht aber Abstimmungsmehrheiten oder -minderheiten, auch nicht eine Zahl von Abgeordneten, die für die Erfüllung eines Quorums nötig ist (wie z.B. ein Drittel plus 1 der Mitglieder des Bundestages als die Zahl der Abgeordneten, die eine Verfassungsänderung verhindern könnten), berechtigt sind, prozeßstandschaftlich Rechte des Bundestages geltend zu machen. Denn solche Gruppen von Abgeordneten gehören nicht als nach diesen Kriterien formierte Gruppen dem Bundestag an; sie sind keine eigenständigen Subjekte, die als solche dem Bundestag „angehören“ können, sondern sie formieren sich situationsbezogen aus unterschiedlichen Abgeordneten. Dadurch unterscheiden sie sich von Fraktionen oder Ausschüssen, also von den gemäß der Geschäftsordnung eingerichteten ständigen Gliederungen, denen die Rechtsprechung die Befugnis zur Prozeßstandschaft zuspricht.

Dieser Gesichtspunkt gilt jedoch nicht für den einzelnen Abgeordneten, denn dieser ist ohne Zweifel ein selbständiges Subjekt, das als solches dauerhaft (und nicht nur situationsbezogen) dem Bundestag angehört.

Schaut man sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Prozeßstandschaft und die dort entwickelten Argumente an, mit denen begründet wird, warum „nur die ständig vorhandenen Gliederungen“ wie z.B. die Fraktionen prozeßstandschaftsberechtigt sind, so ergibt sich, daß es dort – außer in der einen Entscheidung im 90. Band – immer um die Abgrenzung solcher festen Gliederungen von Gruppierungen geht, die sich nur „von Fall zu Fall“ zusammenfinden<sup>13</sup>. Soweit es um die Verneinung der Prozeßstandschaft für die „von

---

<sup>13</sup> Vgl. *BVerfGE* 2, 142 (160) und die daran anschließende std. Rspr.

Fall zu Fall“ sich zusammenfindenden Gruppierungen geht, ist die Rechtsprechung auch systematisch überzeugend. Denn es ist nicht ersichtlich, warum spontan oder situationsbezogen entstehende Gruppierungen berechtigt sein sollten, Rechte des Bundestages geltend zu machen. Daß im Unterschied zu solchen Spontan-Gruppen die Fraktionen berechtigt sind, prozeßstandschaftlich die Rechte des Bundestages zu verteidigen, läßt sich damit begründen, daß die Fraktionen die gemäß der Geschäftsordnung eingerichteten Gremien sind, in denen die Abgeordneten sich dauerhaft organisieren und ihre Willensbildung nach parteipolitischen Gesichtspunkten bündeln. Spontan-Gruppen sind vielmehr grundsätzlich überhaupt nicht parteifähig im Organstreit und schon deshalb nicht prozeßstandschaftsberechtigt. Sieht man bestimmte Minderheiten im Bundestag, die aufgrund von Quorenregelungen der Geschäftsordnung oder des Grundgesetzes bestimmte Rechte haben, als „andere Beteiligte“ i.S. von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG an, die ihre Rechte im Organstreit geltend machen können – genannt werden in der Literatur z.B. das Zehntel der Mitglieder des Bundestages, das gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 2 GG einen Beschluß auf Ausschließung der Öffentlichkeit beantragen kann, oder das Viertel der Mitglieder des Bundestages, das gemäß Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses erzwingen kann –, dann ist deren Parteifähigkeit aus der Natur der Sache heraus relativ, nämlich situationsbezogen: Wer zu diesem Zehntel oder Viertel gehört, läßt sich ja nur in bezug auf eine konkrete Situation entscheiden, in welcher z.B. die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses beantragt wurde; in einem anderen Fall würden andere Abgeordnete dazu gehören. Derartige Gruppen können deshalb die *Parteifähigkeit* von vornherein nur insoweit haben, also es um die jeweils in Rede stehenden Rechte – z.B. auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses geht. Sofern man ihnen überhaupt Parteifähigkeit zugestehen will – eine Alternative wäre, daß allein die einzelnen solchen situationsbezogenen Minderheiten angehörenden Abgeordneten die Verletzung ihrer Rechte geltend machen können –, ist diese Parteifähigkeit also auf die Situation beschränkt, welche die Gruppierung konstituiert, während die „ständigen Gliederungen“ ständig und unabhängig von einer Situation existieren und deshalb auch unbeschränkt parteifähig sind.

Diesen Zusammenhang zwischen Parteifähigkeit und Prozeßstandschaftsberechtigung hat das Bundesverfassungsgericht gesehen, wenn es gesagt hat, nur solche Teile des Bundestages könnten parteifähig und in der Lage sein, Rechte des Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht zu vertreten, die von der Geschäftsordnung als ständige Gliederungen eingerichtet sind, um die parlamentarische Arbeit zu ermöglichen oder zu erleichtern<sup>14</sup>. Eine Gruppierung, die nicht unbeschränkt parteifähig ist, sondern nur eine relative – situationsbezogene – Parteifähigkeit besitzt, kann eben nur in bezug auf die betreffende Situation im Organstreit antragsbefugt sein und somit nicht abgelöst von dieser Situation. Daher ist es richtig, daß derartige Gruppierungen nicht als prozeßstandschaftsberechtigt angesehen werden.

Falsch ist es jedoch, diese Erwägungen auch auf den einzelnen Abgeordneten zu übertragen. Denn der Abgeordnete ist unbeschränkt parteifähig und nicht nur situationsbezogen. Er ist sowohl im Grundgesetz als auch in der Geschäftsordnung des Bundestages mit eigenen Rechten ausgestattet, die ihn dauerhaft berechtigen, als selbständiges Glied im Bundestag mitzuwirken. Im Unterschied zu den Gruppierungen, die nach den oben genannten Gesichtspunkten nicht prozeßstandschaftsberechtigt sind, hat der Abgeordnete eine eigene Subjektstellung. Er

---

<sup>14</sup> BVerfGE 2, 143 (160).

gehört im Sinne von § 64 Abs. 1 BVerfGG dem Bundestag an, und weder sprachlich noch systematisch ist es berechtigt, ihm die Stellung eines „Teils“ des Bundestages im Sinne von § 63 BVerfGG abzusprechen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 offenbar gemeint, die bisherige Rechtsprechung habe bereits begründet, daß der einzelne Abgeordnete nicht prozeßstandsbezugsberechtigt sei. Es nimmt nämlich auf die Entscheidung im 2. Band Bezug, die Ausgangspunkt der ständigen Rechtsprechung zur Prozeßstandschaft der Fraktionen ist, ohne zu beachten, daß es dort nur um die Abgrenzung von „ständig vorhandenen Gliederungen“ zu Fall-zu-Fall-Gruppierungen ging und nicht um eine Abgrenzung zum einzelnen Abgeordneten. Deshalb geht die Folgerung, der einzelne Abgeordnete sei keine „Gliederung“ und deshalb nicht prozeßstandsbezugsberechtigt, an der Sache vorbei. Wenn im 2. Band formuliert wurde, daß „nur“ die ständigen Gliederungen prozeßstandsbezugsberechtigt seien, dann bezog sich dieses „nur“ auf „ständige“ im Unterschied zu Fall-zu-Fall-Gliederungen und nicht etwa auf „Gliederungen“ im Unterschied zu einzelnen Mitgliedern. Daß der einzelne Abgeordnete durch die Vorschriften der §§ 63, 64 Abs. 1 BVerfGG nicht zur Prozeßstandschaft berechtigt werde und daß Organteile nur die „ständig vorhandenen Gliederungen“ seien und der einzelne Abgeordnete keine „Gliederung“ des Bundestages und daher kein Organteil sei, wird mit Berufung auf die Entscheidung aus dem 2. Band lediglich behauptet, aber nicht begründet<sup>15</sup>.

Daß das Bundesverfassungsgericht, wie der Senat dann ausführt, in ständiger Rechtsprechung die Befugnis der Fraktionen anerkennt, auch Rechte des Bundestages in eigenem Namen geltend zu machen und daß im Hinblick darauf, daß Regierung und parlamentarische Mehrheit regelmäßig politisch übereinstimmen, die Rechte des Parlaments vor allem durch die Oppositionsfraktion geschützt werden könnten<sup>16</sup>, ist zwar richtig, berechtigt aber nicht dazu, den Fraktionen insoweit eine Monopolstellung zuzusprechen.

Auch das entstehungsgeschichtliche Argument, welches der Senat noch hinzufügt, geht fehl. Der Senat argumentiert, im Parlamentarischen Rat sei als Grund dafür, „andere Beteiligte“ i.S. von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zum Organstreit zuzulassen, der Schutz der Parlamentsminorität, vor allem der Oppositionsfraktion, genannt worden. Man habe nicht „ganz kleinen Gruppen“, sondern dem parlamentarischen Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht eröffnen wollen. Abgesehen davon, ob zwei vereinzelte Äußerungen im Parlamentarischen Rat überhaupt aussagekräftig für den Willen des Parlamentarischen Rates sein können, ist diese Argumentation aus mehreren Gründen unzutreffend: Erstens regelt Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG gar nicht die Prozeßstandschaftsberechtigung, sondern – neben der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Organstreitigkeiten – nur die Parteifähigkeit. Zweitens verwendet Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG gerade nicht den Begriff des Organteils, der in § 63 BVerfGG verwendet und dort im Urteil vom 12.7.1994 zu eng ausgelegt wird, sondern den Begriff der „anderen Beteiligten“. Und unter diesen vom Parlamentarischen Rat gewählten Begriff fallen nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger

---

<sup>15</sup> Vgl. *BVerfGE* 90, 286 (343).

<sup>16</sup> *BVerfGE* 90, 286 (344).

Auffassung in der Literatur ja nicht nur die Fraktionen und andere „ständige Gliederungen“, sondern auch die einzelnen Abgeordneten.

Die Argumentation im Urteil vom 12.7.1994 kann also nicht überzeugen. Daß es der Entscheidung an dieser Stelle an innerer Stimmigkeit fehlt, mag – wie bereits dargelegt – vielleicht damit zusammenhängen, daß es vom praktischen Ergebnis her gesehen auf diesen Punkt überhaupt nicht ankam, da die Antragsteller ja zugleich als Fraktion einen zulässigen Antrag gestellt hatten.

Bezieht man teleologische Erwägungen ein, für die der Sachzusammenhang systematische Ansatzpunkte liefert, so wäre noch zu überlegen, ob der Zweck, den „Minderheitenschutz“ sicherzustellen und die Verteidigung der Rechte des Parlaments gegen die Regierung auch dann zu ermöglichen, wenn die parlamentarische Regierungsmehrheit nicht zu einer Klage bereit ist, eine restriktive Auslegung von § 64 Abs. 1 BVerfGG rechtfertigt. Nun ist zwar dieser „Minderheitenschutz“ sicherlich ein Grund für die Prozeßstandschaftsregelung: Die Rechte eines Organs sollen auch dann im Organstreit verteidigt werden können, wenn die Mehrheit in dem Organ das nicht will. Jedoch folgt aus dieser teleologischen Erwägung in keiner Weise, daß die Prozeßstandschaft auf „Gliederungen“ – also in erster Linie auf die Fraktionen – beschränkt sein muß und daß sie nicht – wie der Wortlaut sagt – von allen Antragstellern, die dem Organ „angehören“, also auch von allen Organmitgliedern, wahrgenommen werden kann. Der Zweck des Minderheitenschutzes wird auch dann, und zwar noch besser, erreicht, wenn jeder einzelne parteifähige Organangehörige prozeßstandschaftlich tätig werden darf. Eine interpretative teleologische Reduzierung der Prozeßstandschaftsberechtigung ist somit nicht möglich. Man kann zwar verfassungspolitisch erwägen, ob es nicht ausgereicht hätte, wenn der Gesetzgeber nur den Fraktionen diese Berechtigung gegeben hätte. Er hat dies jedoch nicht getan.

Im übrigen sind derartige verfassungspolitische Erwägungen auch der Sache nach nicht berechtigt. Denn die Gründe, die dafür sprechen, daß im parlamentarischen Entscheidungsprozeß die Willensbildung in den Fraktionen gebündelt wird, sprechen nicht dafür, daß dies auch im Verfassungsprozeß der Fall sein sollte. Denn im Organstreit geht es nicht um die Durchsetzung von Fraktionspolitik, sondern um die Durchsetzung von Rechten, die in der Verfassung garantiert sind. Was „richtig“ ist, muß hier nicht erst in einem politischen Willensbildungsprozeß diskutiert werden, sondern ergibt sich aus dem Grundgesetz und wird vom Bundesverfassungsgericht fallbezogen entschieden. Dabei handelt es sich mitunter – und insbesondere auch im vorliegenden Fall – um sehr komplizierte Rechtsfragen, deren Problematik naturgemäß in der politischen Wahrnehmung zu kurz kommt und daher verständlicherweise den meisten Abgeordneten nicht bewußt wird. Deshalb kann es vorkommen, daß die Fraktionen in der Hektik des politischen Tagesgeschäfts keine gründlichen juristischen Analysen anstellen und sich über mögliche Verletzungen verfassungsmäßiger Rechte des Parlaments gar keine Gedanken machen beziehungsweise mangels Information darüber keine Gedanken machen können. Hingegen wird es immer wieder einzelne Abgeordnete geben und geben müssen, die – insbesondere im Fachgebiet ihres Parlamentsausschusses – einer komplizierten rechtlichen Problematik auf den Grund gehen und die bereit sind, sich für die Durchsetzung der Parlamentsrechte zu engagieren, wenn sie mit ihren Argumenten in der Fraktion kein Gehör finden, weil dort für den Entscheidungsprozeß andere Gesichtspunkte – etwa die zu er-

wartende Resonanz in der Öffentlichkeit, die vermeintlich unter dem Aspekt der „Bündnistreue“ gegenüber der NATO geschuldete Verdrängung rechtlicher Bedenken usw. – die maßgebliche Rolle spielen. Der nach der Verfassung nur seinem Gewissen unterworfenen Abgeordnete ist daher als Inhaber des von der Verfassung ausdrücklich geschützten freien Mandats ein geeigneter Hüter der Rechte des Parlaments. Es reicht nicht aus und ist unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit des Parlaments von der Regierung kontraproduktiv, diese Rolle den Fraktionen zu überlassen.

Hinter der These, daß nur die Fraktionen prozeßstandschaftsberechtigt seien, steht anscheinend die parteienstaatliche Demokratiekonzeption Leibholzscher Prägung. Eine Konzeption, die die Eigenständigkeit des Abgeordneten hinter den Parteien verschwinden und in den Fraktionen aufgehen läßt, hat sich jedoch längst als Irrweg erwiesen. Sie entspricht weder der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wie sie sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, noch der in der Literatur ganz vorherrschenden Auffassung: Dem freien Mandat wird wieder größere Bedeutung zugewiesen als die parteienstaatliche Konzeption dies getan hat.

Schließlich sei noch auf folgenden Umstand hingewiesen: Die Prozeßstandschaft wird in § 64 Abs. 1 BVerfGG keineswegs nur für den Bundestag geregelt, sondern für alle obersten Bundesorgane, denen mehrere im Organstreit parteifähige Subjekte angehören, also auch für die Bundesregierung und den Bundesrat. Auch Angehörige dieser Organe sind – soweit sie parteifähig sind – berechtigt, die Rechte des jeweiligen Organs im Organstreit geltend zu machen. Hätte der Gesetzgeber die Prozeßstandschaft auf den Bundestag beschränken wollen, dann hätte er nicht abstrakt formuliert „das Organ, dem er angehört“. Innerhalb der Bundesregierung und des Bundesrates gibt es jedoch keine den Fraktionen vergleichbaren Gliederungen. Hier kommt praktisch nur das einzelne Organmitglied in Betracht, das berechtigt ist, die Rechte des Organs, dem es angehört, geltend zu machen. Auch aus diesem Grunde ist es falsch, nur Fraktionen, also organisierte Untereinheiten des Organs, und nicht jedes einzelne Organmitglied als prozeßstandschaftsberechtigt zu betrachten.

### **b) Besonderheit bei Antragstellung durch Angehörige einer Regierungsfraktion**

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß hier Abgeordnete aus einer Regierungsfraktion den Antrag stellen. Wenn die Funktion der gesetzlichen Prozeßstandschaft gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG in erster Linie der Schutz der parlamentarischen Minderheit im Hinblick darauf sein soll, daß die Mehrheit regelmäßig die Regierung unterstützt und somit meist nicht bereit sein wird, die Rechte des Parlaments gegen die Regierung zu verteidigen, so daß vor allem die Oppositionsfaktionen die Möglichkeit haben müssen, die Rechte des Bundestages zu verteidigen, dann bleibt dabei unberücksichtigt, daß es Situationen geben kann, in denen die Opposition sich ebenso wie die Regierungsmehrheit der rechtlichen Problematik gar nicht bewußt ist oder diese Problematik – aus welchen Gründen auch immer – nicht wichtig nimmt. Es kann auch sein, daß sie sich zwar der Problematik bewußt ist, daß sie aber eine bestimmte Regierungsentscheidung nicht auf dem Rechtswege verhindern will, weil es ihr taktisch als klüger erscheint, die fatalen Folgen dieser Entscheidung eintreten zu lassen, um die Regierung dann dafür verantwortlich zu machen. Vor allem in solchen Situationen kann nur der einzelne Abgeordnete die Rechte des Bundestages prozeßstandschaftlich verteidigen.

Abgeordnete, die einer Regierungsfraktion angehören, haben – im Unterschied zu Abgeordneten von Oppositionsfraktionen – fast nie die Chance, ihre Fraktion dazu zu bewegen, einen Organstreit gegen die Regierung anzustrengen. Denn die Regierungsfaktionen sind – besonders in einer Koalitionsregierung – politisch verpflichtet, die Regierung zu unterstützen. Der Weg, der einem Abgeordneten der Oppositionsfraktionen vorgezeichnet ist, nämlich seine Fraktion von der Verfassungswidrigkeit einer Regierungsmaßnahme und von der Notwendigkeit eines Organstreits zur Verteidigung der Parlamentsrechte zu überzeugen, ist einem Abgeordneten einer Regierungsfraktion von vornherein verschlossen. Er kann und muß zwar ebenfalls den Versuch unternehmen, seine verfassungsrechtlichen Bedenken in seiner Fraktion zu Gehör zu bringen, doch hat er in aller Regel aus dem genannten politischen Grund überhaupt keine Chance, damit Erfolg zu haben. Ihm bleibt daher nur die Möglichkeit, als einzelner Abgeordneter den Organstreit anzustrengen.

Sollte hinter der Entscheidung vom 12.7.1994 die unausgesprochene Befürchtung stehen, die Prozeßstandschaftsbefugnis aller einzelnen Abgeordneten hätte eine Fülle querulatorischer Verfahren zur Folge, so läge darin nicht nur eine völlig unangemessene Einschätzung des Verantwortungsbewußtseins der gewählten Volksvertreter. Es wäre dabei auch nicht berücksichtigt, daß jedenfalls die Angehörigen der Regierungsfaktionen besonders stark in die Koalitions- und Fraktionsdisziplin eingebunden sind und daß daher jedenfalls bei ihnen querulatorische Organstreitanträge nicht zu erwarten, sondern praktisch ausgeschlossen sind. Sie werden allenfalls dann gegen den Willen ihrer Fraktion einen Organstreit führen, wenn sie aufgrund einer sehr ernsthaften und sorgfältigen Prüfung überzeugt sind, daß die Rechte des Bundestages verletzt werden.

## **2. Geltendmachung eigener Rechte der Antragsteller**

Soweit die Antragsteller die Verletzung eigener Rechte aus ihrem Abgeordnetenstatus gemäß Art. 38 Abs. 1 GG geltend machen, sind sie dazu gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG unproblematisch befugt.

## **3. Möglichkeit der Rechtsverletzung**

Die geltend gemachte Verletzung beziehungsweise unmittelbare Gefährdung der Rechte des Bundestages und der Antragsteller erscheint auch nicht von vornherein als unmöglich. Das ergibt sich aus den Ausführungen zur Begründetheit (unten C.).

Somit ist die Beschwerdebefugnis gegeben.

## **III. Antragsgegenstand**

Soweit der Organstreit sich gegen die Bundesregierung richtet, ist Antragsgegenstand die Mitwirkung der Bundesregierung an einer Fortentwicklung des NATO-Vertrages, die über das im Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag festgelegte Integrationsprogramm hinausgeht und somit *ultra vires* erfolgt. Diese Mitwirkung erfolgt zum Teil durch aktives Tun, zum Teil durch pflichtwidriges Unterlassen derjenigen Handlungen, die geboten sind, um den Prozeß

der stillschweigenden Änderung des Vertrages zu stoppen. Diese Mitwirkung ist ein Bündel von Maßnahmen und Unterlassungen im Sinne von § 64 Abs. 1 BVerfGG.

Soweit der Organstreit sich gegen den Bundestag richtet, ist Antragsgegenstand der Beschluß vom 9.3.2007 über den Antrag der Bundesregierung vom 8.2.2007 (BT-Drs. 16/4298), also eine Maßnahme im Sinne von § 64 Abs. 1 BVerfGG.

#### **IV. Frist**

Die Mitwirkung der Bundesregierung an der hier gerügten Fortentwicklung des NATO-Vertrages ist ein Prozeß, der im Jahre 2002 eingesetzt hat und immer noch andauert. Das pflichtwidrige Unterlassen der Bundesregierung hat nicht aufgehört und wird gelegentlich durch aktives Tun bestätigt, zuletzt durch den Regierungsbeschluß über die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan vom 7.2.2007, der die Grundlage für den entsprechenden Antrag der Bundesregierung an den Bundestag vom 8.2.2007 (BT-Drs. 16/4298) ist.

Die Sechs-Monats-Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG ist somit gewahrt.

#### **V. Ergebnis**

Der Antrag ist zulässig.

### **C. Begründetheit**

#### **I. Verletzung der Mitwirkungsrechte des Bundestages**

##### **1. Das Integrationsprogramm als Grenze der Fortentwicklung des NATO-Vertrages**

In seinem Urteil vom 22.11.2001 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Fortentwicklung des NATO-Vertrages definiert.

Der Senat hat ausgeführt, daß es in die Kompetenz der Bundesregierung falle, an einer nicht-förmlichen Fortentwicklung des NATO-Vertrages, die „nicht als Vertragsänderung“, sondern etwa als verbindliche Konkretisierung des Vertragsinhalts durch die berufenen Organe der NATO oder durch eine authentische Interpretation des NATO-Vertrages durch die Vertragsparteien erfolge, mitzuwirken. Solche Fortentwicklungen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG bedürften keiner Zustimmung des Bundestages. Die Bundesregierung sei nicht verpflichtet, für Vertragsfortentwicklungen, die in solchen völkerrechtlichen Handlungsformen vorgenommen würden, ein Gesetzgebungsverfahren einzuleiten oder die Zustimmung des Bundestages einzuholen. Art. 59 Abs. 2 GG sei hier nicht

anwendbar. Dies gelte auch für die außervertragliche gemeinsame Verstärkung einer völkerrechtlichen Übung<sup>17</sup>.

Diese Fortentwicklungskompetenz – so das Bundesverfassungsgericht – komme der Bundesregierung allerdings nur im Rahmen des durch das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag bestimmten Integrationsprogramms zu:

»Dieses Integrationsprogramm und die damit einhergehende politische Bindung der Bundesrepublik Deutschland wird von den Gesetzgebungskörperschaften maßgeblich mitverantwortet. Mit der Zustimmung zu einem Vertragsgesetz bestimmen Bundestag und Bundesrat den Umfang der auf dem Vertrag beruhenden Bindungen der Bundesrepublik und tragen dafür die politische Verantwortung gegenüber dem Bürger, Art. 20 Abs. 2 GG. Die rechtliche und politische Verantwortung des Parlaments erschöpft sich nicht in einem einmaligen Zustimmungsakt, sie erstreckt sich auch auf den weiteren Vertragsvollzug. Innerstaatlich enthält die Zustimmung zu dem Vertrag die Ermächtigung der Regierung, diesen Vertrag in den Formen des Völkerrechts fortzuentwickeln. Das Vertragsgesetz enthält zudem den innerstaatlichen Anwendungsbefehl für die auf der Grundlage des Vertrags gefassten völkerrechtlichen Beschlüsse. Der Bundestag wird deshalb in seinem Recht auf Teilhabe an der auswärtigen Gewalt verletzt, wenn die Bundesregierung die Fortentwicklung der NATO jenseits der ihr erteilten Ermächtigung – *ultra vires* – betreibt.«<sup>18</sup>

Das Zustimmungsgesetz zieht also den Ermächtigungsrahmen, innerhalb dessen die Bundesregierung an der Fortentwicklung des NATO-Vertrages mitwirken darf. Die Überschreitung dieses Rahmens ist verfassungswidrig und verletzt den Bundestag in seinen Mitwirkungsrechten aus Art. 59 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 GG. Aus Art. 59 Abs. 2 GG folgt nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur das Recht des Bundestages, in der Form eines Gesetzes darüber zu entscheiden, ob ein die politischen Beziehungen des Bundes regelnder völkerrechtlicher Vertrag ratifiziert werden soll. Für solche Verträge, die – wie Verträge, mit denen die Bundesrepublik Deutschland einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit beitrifft – auf Fortentwicklung im Rahmen eines „Integrationsprogramms“ angelegt sind, folgt aus Art. 59 Abs. 2 darüber hinaus eine Verantwortung des Parlaments dafür, daß die Regierung bei der Fortentwicklung des Vertragsinhalts im Rahmen der durch das Zustimmungsgesetz gezogenen Grenzen bleibt. Auch dafür – nicht nur für den einmaligen Zustimmungsakt – hat der Bundestag sich gemäß Art. 20 Abs. 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vor dem Volk zu verantworten.

Allerdings handelt – wie der Senat ausführt – die Bundesregierung nicht schon dann außerhalb des vom Zustimmungsgesetz gezogenen Ermächtigungsrahmens, wenn gegen einzelne Bestimmungen des NATO-Vertrages verstoßen wird. Das Bundesverfassungsgericht könne eine Überschreitung des gesetzlichen Ermächtigungsrahmens nur dann feststellen, wenn die

---

<sup>17</sup> BVerfGE 104, 151 (206 f.).

<sup>18</sup> BVerfGE 104, 151 (209 f.).

konsensuale Fortentwicklung des NATO-Vertrages gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerkes verstößt<sup>19</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Integrationsprogramm des NATO-Vertrages nicht detailliert und abschließend beschrieben. Es hat allerdings deutlich gemacht, daß zu diesem Integrationsprogramm und zu den „wesentlichen Strukturentscheidungen“ des NATO-Vertrages die Bindung des nordatlantischen Bündnisses an die Ziele der Vereinten Nationen und die Beachtung ihrer Satzung (Präambel, Art. 1, 5, 7 sowie 12 NATO-Vertrag) gehören<sup>20</sup>.

Nicht nur das Zustimmungsgesetz selbst, sondern auch Art. 24 Abs. 2 GG, der den Beitritt zu einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit auf den Zweck der Friedenswahrung festlegt, bestimmt – wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat – das vom Bundestag verantwortete Integrationsprogramm mit<sup>21</sup>. Dies folgt daraus, daß das Zustimmungsgesetz seinerseits an die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 2 GG gebunden ist, für deren Beachtung der Bundestag sich gemäß Art. 20 Abs. 2 und 3 GG zu verantworten hat.

Mit dem vorliegenden Organstreit wird geltend gemacht, daß die Bundesregierung an einer Fortentwicklung des NATO-Vertrages mitwirkt, die mit wesentlichen Strukturentscheidungen des Vertragswerkes unvereinbar ist und den Ermächtigungsrahmen des Integrationsprogramms überschreitet. Die Entwicklung, die zu dieser Vertragsfortentwicklung führt, wird im folgenden beschrieben.

## **2. Der Bedeutungswandel von Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag**

### **a) Der bisherige Inhalt von Art. 1 NATO-Vertrag**

#### **aa) Das Gewaltverbot als Verpflichtung der NATO und ihrer Mitgliedstaaten**

Art. 1 NATO-Vertrag legt die NATO und ihre Mitgliedstaaten in umfassender Weise darauf fest, internationale Streitigkeiten im Wege friedlicher Streitbeilegung so zu lösen, daß dabei der internationale Friede, die Sicherheit und die Gerechtigkeit nicht gefährdet werden. Art. 1 NATO-Vertrag verbietet jede Gewaltandrohung und Gewaltanwendung in den internationalen Beziehungen, die mit den Zielen der Vereinten Nationen nicht vereinbar ist.

In jeder Hinsicht sind die NATO und die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei der Bewältigung ihrer internationalen Streitigkeiten „in Übereinstimmung mit der Satzung der Vereinten Nationen“ zu handeln. Diese Verpflichtung auf die Beachtung der Satzung der Vereinten Nationen gilt nicht etwa nur für den ersten Satzteil des Art. 1, sondern auch für den letzten Halbsatz. Wenn dieser die Vertragsparteien darauf festlegt, sich jeder Gewaltanwendung zu enthalten, „die mit den Zielen der Vereinten Nationen nicht vereinbar ist“, dann bedeutet dies nicht etwa, Gewaltanwendung sei immer dann schon erlaubt, wenn diese der Verwirklichung eines

---

<sup>19</sup> BVerfGE 104, 151 (210).

<sup>20</sup> BVerfGE 104, 151 (211).

<sup>21</sup> BVerfGE 104, 151 (212).

Ziels der Vereinten Nationen dient, insbesondere der Sicherung des Friedens. Vielmehr greift Art. 1 NATO-Vertrag im letzten Halbsatz eine Formulierung des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta auf, der das allgemeine Gewaltverbot wie folgt formuliert:

„Alle Mitglieder unterlassen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt.“

Damit wird das allgemeine Gewaltverbot der UN-Charta Bestandteil des NATO-Vertrages, ebenso wie im ersten Teil des Art. 1 NATO-Vertrag der Grundsatz der friedlichen Streitbeilegung gemäß Art. 2 Nr. 3 UN-Charta in den Vertrag – nahezu wörtlich – inkorporiert wird.

Art. 1 NATO-Vertrag hat also die Funktion, die NATO und ihre Mitglieder auf die Beachtung derjenigen fundamentalen Grundsätze der Vereinten Nationen festzulegen, die für ein Verteidigungsbündnis relevant sind, nämlich auf die in Art. 2 Nr. 3 und 4 UN-Charta niedergelegten Grundsätze der friedlichen Streitbeilegung und des allgemeinen Gewaltverbots.

Daraus folgt, daß das Gewaltverbot des Art. 1 NATO-Vertrag im Lichte der UN-Charta ausgelegt werden muß. Der NATO und ihren Mitgliedstaaten ist es gemäß Art. 1 NATO-Vertrag also nicht erlaubt, Kriege zur Sicherung des Friedens zu führen oder Gewalt zu anderen „guten“, mit der Satzung der Vereinten Nationen vereinbaren Zwecken zu führen, sondern sie dürfen Gewalt nur unter den Voraussetzungen anwenden, unter denen die Satzung der Vereinten Nationen dies erlaubt<sup>22</sup>.

Diese Interpretation wird bestätigt durch die Präambel des NATO-Vertrages, in der die NATO sich nicht nur zu den Zielen, sondern ebenso zu den Grundsätzen der Vereinten Nationen und somit auch zum allgemeinen Gewaltverbot bekennt, sowie durch Art. 7 NATO-Vertrag. Nach dieser Bestimmung berührt der NATO-Vertrag weder die Rechte und Pflichten, welche sich für die Parteien, die Mitglieder der Vereinten Nationen sind, aus deren Satzung ergeben, oder die in erster Linie bestehende Verantwortlichkeit des Sicherheitsrats für die Erhaltung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit, noch kann er in solcher Weise ausgelegt werden.

Da die Mitgliedstaaten der NATO im Zeitpunkt des Abschlusses des NATO-Vertrages überwiegend Mitglieder der Vereinten Nationen waren und heute ausnahmslos Mitglieder der Vereinten Nationen sind, hätten sie mit dem Abschluß des NATO-Vertrages gegen die UN-Charta verstoßen, wenn sie in Art. 1 dieses Vertrages vereinbart hätten, daß die NATO und ihre Mitgliedstaaten zur Gewaltanwendung auch dann berechtigt sein sollen, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die die Charta der Vereinten Nationen aufstellt. Außerdem gilt das Gewaltverbot heute nach ganz herrschender Auffassung gewohnheitsrechtlich, und man kann nicht annehmen, daß die NATO-Staaten sich mit dem Washingtoner Vertrag in Widerspruch zu geltendem Völkergewohnheitsrecht setzen wollten.

---

<sup>22</sup> Ebenso *BVerwG*, Urt. v. 21. 6. 2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77 (97).

Was speziell die Bundesrepublik Deutschland angeht, so sind alle ihre Staatsorgane zur Beachtung des allgemeinen Gewaltverbots verpflichtet, das gemäß Art. 25 GG als allgemeine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und den Gesetzen vorgeht. Das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag wäre wegen Verstoßes gegen eine höherrangige Norm also nichtig, sofern es eine Regel enthielte, die mit dem gewohnheitsrechtlichen Gewaltverbot unvereinbar wäre. Außerdem müssen die Begriffe des Art. 24 Abs. 2 GG so ausgelegt werden, daß der „Wahrung des Friedens“ nur solche Verhaltensweisen dienen, die mit der UN-Charta und insbesondere mit dem allgemeinen Gewaltverbot vereinbar sind, und daß ein „System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ nur ein solches System ist, daß sich auf die Beachtung dieses Grundsatzes verpflichtet. Und die Ermächtigung oder sogar die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, an Kriegen teilzunehmen, die im völkerrechtlichen Sinne „Angriffskriege“ sind, weil sie die Voraussetzungen der Selbstverteidigung gemäß der UN-Charta nicht erfüllen und auch nicht auf ein Mandat des Sicherheitsrats gestützt sind, verstieße zugleich gegen Art. 26 Abs. 1 GG. Die Bundesrepublik Deutschland hätte der NATO also gar nicht beitreten dürfen, wenn diese sich nicht auf die Beachtung des Gewaltverbots verpflichtet hätte.

Wichtig ist, daß Art. 1 NATO-Vertrag nicht nur die NATO als internationale Organisation auf die Beachtung des Gewaltverbots verpflichtet, sondern zugleich auch alle Vertragsstaaten. Das heißt, daß ein Verstoß gegen Art. 1 NATO-Vertrag nicht nur dann gegeben ist, wenn die NATO selbst gegen das Gewaltverbot verstößt, indem etwa im Rahmen eines NATO-Kommandos militärische Gewalt eingesetzt wird, ohne daß die Voraussetzungen der UN-Charta erfüllt sind, sondern auch dann, wenn ein einzelner NATO-Staat unter Verstoß gegen die UN-Charta militärische Gewalt anwendet.

#### bb) Das Gewaltverbot des Art. 1 NATO-Vertrag als Teil des Integrationsprogramms

Die Verpflichtung auf die Grundsätze der friedlichen Streitbeilegung und des Gewaltverbots hat für den NATO-Vertrag fundamentale Bedeutung. Es macht geradezu die Identität der NATO aus, daß sie und ihre Mitgliedstaaten sich auf die strikte Beachtung dieser Grundsätze verpflichtet haben. Aus der Sicht des deutschen Zustimmungsgesetzgebers ist die Verpflichtung auf das Gewaltverbot *conditio sine qua non* für den NATO-Beitritt gewesen. Deutschland hätte im Hinblick auf Art. 25, 24 und 26 GG der NATO überhaupt nicht beitreten dürfen, wenn die NATO-Staaten für sich in Anspruch nähmen, Gewalt anzuwenden, ohne daß die nach der Satzung der Vereinten Nationen und nach Völkergewohnheitsrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe vorliegen – zumindest nicht ohne vorherige Änderung der genannten Bestimmungen des Grundgesetzes.

Eine Fortentwicklung des NATO-Vertrages, die dazu führt, daß die NATO und / oder ihre Mitgliedstaaten berechtigt sind, auch dann Gewalt anzuwenden, wenn die in der UN-Charta vorgesehenen Rechtfertigungsgründe nicht gegeben sind, überschreitet daher das Integrationsprogramm. Indem die Bundesregierung an einer solchen Entwicklung mitwirkt, handelt sie *ultra vires* und verletzt die Mitwirkungsrechte des Bundestages.

## cc) Der Inhalt des Gewaltverbots

Wie bereits dargelegt, ist das Gewaltverbot des Art. 1 NATO-Vertrag mit dem Gewaltverbot der UN-Charta identisch. Dieses Gewaltverbot ist im wesentlichen durch folgende Kriterien gekennzeichnet:

- Militärische Gewaltanwendung<sup>23</sup> ist grundsätzlich verboten. Verboten ist insbesondere jeder Angriffskrieg.
- Es gibt nach der Satzung der Vereinten Nationen nur zwei Ausnahmen<sup>24</sup> vom Verbot militärischer Gewaltanwendung:
  - die Selbstverteidigung gemäß Art. 51 UN-Charta
  - militärische Zwangsmaßnahmen auf der Basis einer Ermächtigung durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach dem VII. Kapitel der UN-Charta (Art. 42 i.V.m. 39, ggf. i.V.m. Art. 53)

Ohne Mandat des Sicherheitsrats ist somit der Einsatz militärischer Gewalt nur gerechtfertigt, wenn ein Fall der Selbstverteidigung vorliegt<sup>25</sup>.

Selbstverteidigung ist nach Art. 51 UN-Charta gegen einen bewaffneten Angriff erlaubt, solange nicht der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung des Friedens getroffen hat. Voraussetzung ist eine Selbstverteidigungslage: Es muß ein Angriff seitens eines anderen Staates<sup>26</sup> gegeben sein, und dieser Angriff muß im Zeitpunkt der Selbstverteidigung noch andauern.

Der Angriff muß gegenwärtig sein oder unmittelbar bevorstehen. Das Selbstverteidigungsrecht hat insofern ein präventives Element als der angegriffene Staat nicht abwarten muß, bis der Angreifer den ersten Schuß abgibt, die erste Rakete abfeuert oder bis seine Truppen die Grenze des angegriffenen Staates überschritten haben. Wenn etwa die feindlichen Truppen an der Grenze aufmarschieren und sich aus den Umständen – z.B. aufgrund vorangehender Drohungen – ergibt, daß ein Angriff in Kürze erfolgt, kann unter Umständen bereits die Selbstverteidigung gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, daß der Angegriffene sich nicht mehr wirksam verteidigen könnte oder seine Verteidigungsmöglichkeiten unzumutbar erschwert würden, wenn er noch länger zuwartete.

Ein in diesem Sinne „unmittelbar bevorstehender“ Angriff kann nur ein konkreter Angriff sein. Die abstrakte Möglichkeit, daß der betreffende Staat irgendwann einmal angreifen könn-

---

<sup>23</sup> Auf spezielle Fragen nichtmilitärischer Gewaltanwendung wird hier nicht eingegangen, da sie für ein Militärbündnis wie die NATO nicht relevant sind.

<sup>24</sup> Zum Teil wird in der Literatur die Ansicht vertreten, daß es gewohnheitsrechtlich mittlerweile eine dritte Ausnahme, nämlich die „humanitäre Intervention“ gebe. Ob diese Auffassung zutrifft, kann hier offen bleiben. Die Begründetheit der vorliegenden Klage hängt von der Beantwortung dieser Frage nicht ab.

<sup>25</sup> Außer unter den Voraussetzungen der „humanitären Intervention“, falls man der in Fn. 24 erwähnten Ansicht folgt.

<sup>26</sup> Bzw. ein Angriff, für den ein anderer Staat völkerrechtlich verantwortlich ist.

te, reicht niemals aus. Außerdem muß der Angriff in sehr kurzer Zeit bevorstehen. Das ist eine Frage von Stunden oder Tagen, trotz aller Unsicherheit hinsichtlich der Konkretisierung der Anforderungen, die immer nur situationsbezogen möglich ist, jedoch niemals eine Frage von Jahren<sup>27</sup>.

Art. 51 ermächtigt nicht zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Zwischen der Abwehr von Bedrohungen bzw. Gefahren und der Abwehr unmittelbar bevorstehender Angriffe muß unterschieden werden. Die Gefahrenabwehr – die Abwehr von Bedrohungen für den Frieden – fällt in die ausschließliche Kompetenz des Sicherheitsrates (Art. 39-42). Die Charta stellt nicht einmal die Selbstverteidigung in die alleinige Zuständigkeit des angegriffenen Staates und seiner Verbündeten. Vielmehr besteht das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 nur solange, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Friedens erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.

Für präventive Maßnahmen folgt daraus: Der Staat, der sich von einem bevorstehenden Angriff bedroht fühlt, darf Selbstverteidigungsmaßnahmen nur dann treffen, wenn ihm keine Zeit mehr bleibt, abzuwarten, bis der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Im übrigen ist er beweispflichtig für die Angriffssituation: Er muß überzeugende Beweise dafür vorlegen, daß der feindliche Staat im Begriff ist, einen Angriff zu führen. Die Angriffslage muß evident sein.<sup>28</sup> Bloße Indizien oder Vermutungen, mögen sie noch so plausibel sein, können nicht ausreichen. Läßt sich der Beweis nicht führen, ist eine bloße Bedrohungslage gegeben, aber keine Angriffslage i.S. von Art. 51. Es ist dann Sache des Sicherheitsrats, zu entscheiden, ob eine Bedrohung des Weltfriedens vorliegt und ob militärische Maßnahmen zu ergreifen sind. Wollte man diese Entscheidung dem sich bedroht fühlenden Staat überlassen, dann würde man das Friedenssicherungssystem der UN-Charta aus den Angeln heben. Denn Grund, sich bedroht zu fühlen, haben sehr viele Staaten gegenüber vielen anderen Staaten, und im Angesicht der Globalisierung des Terrorismus ist die Bedrohung universal. Könnte jeder Staat aufgrund solcher Bedrohungen bereits Selbstverteidigung üben, dann wäre das Monopol des Sicherheitsrats, Zwangsmaßnahmen bei Friedensgefährdungen zu treffen, ausgehöhlt und das allgemeine Gewaltverbot unter den Vorbehalt der Selbstbeurteilung der Gefahrenlage durch den einzelnen Staat gestellt. Das heißt so viel, daß es praktisch nicht mehr existierte.

Deshalb besteht Einigkeit unter den Völkerrechtlern, daß die präventive<sup>29</sup> oder besser: die antizipatorische Selbstverteidigung<sup>30</sup> – sofern sie nicht gänzlich abgelehnt wird<sup>31</sup> – streng zu

---

<sup>27</sup> Zum Selbstverteidigungsrecht und insbesondere zur präventiven Selbstverteidigung vgl. z.B. *Dietrich Murswiek*, Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht, NJW 2003, S.1014 (1016 ff.) m.w.N.

<sup>28</sup> Ebenso *Mary Ellen O'Connell*, The Myth of Preemptive Self-Defense, ASIL Task Force on Terrorism, 2002, S. 8 f. m.w.N., erhältlich unter [www.asil.org/taskforce/index.htm](http://www.asil.org/taskforce/index.htm); *Georg Nolte*, Weg in eine andere Rechtsordnung. Vorbeugende Gewaltanwendung und gezielte Tötungen, FAZ v. 10.1.2003, S. 8.

<sup>29</sup> Sprachlich wird zum Teil zwischen „preventive“ und „preemptive“ self-defense unterschieden. „Preemptive self-defense“ soll die in der soeben dargestellten Verteidigungslage erlaubte Selbstverteidigung sein, „preventive self-defense“ demgegenüber eine vom geltenden Völkerrecht nicht gedeckte Verteidigung gegenüber nicht unmittelbar bevorstehenden oder nicht beweisbaren Bedrohungen, so z.B. Senator *Edward Kennedy*, 7.10.2002, Congressional Record 148, S10001 (S10002).

<sup>30</sup> Manche Autoren schlagen vor, nicht von „präventiver“, sondern von „antizipatorischer“ Selbstverteidigung zu sprechen, wenn man die erlaubten Fälle vorbeugender Selbstverteidigung bezeichnen wolle, um diese

begrenzen ist auf Fälle offensichtlich unmittelbar bevorstehender und anders nicht abwehrbarer Angriffe.<sup>32</sup>

Mit diesem dem Völkergewohnheitsrecht und der Satzung der Vereinten Nationen entsprechenden Inhalt ist das allgemeine Gewaltverbot Bestandteil von Art. 1 NATO-Vertrag und Bestandteil des Integrationsprogramms.

Auf weitere Grundsätze des Art. 1 NATO-Vertrag, die durch die Praxis der USA ebenfalls betroffen sind, wird im Zusammenhang mit der Darstellung dieser Praxis sogleich eingegangen (Abschnitt b cc, dd, ee).

## **b) Die mit Art. 1 NATO-Vertrag unvereinbare Strategie und Kriegsführung der USA**

### aa) Die Präventivkriegsstrategie

Die Vereinigten Staaten von Amerika nehmen seit einigen Jahren das Recht für sich in Anspruch, ohne Ermächtigung durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen Präventivkriege zu führen, wenn es ihnen zu ihrer eigenen Sicherheit erforderlich erscheint. Das ist die „Bush-Doktrin“, die der Präsident der USA erstmals in seiner Rede vor der Militärakademie West Point am 1. Juni 2002<sup>33</sup> verkündet hat und die dann in die Nationale Sicherheitsstrategie (National Security Strategy) vom September 2002<sup>34</sup> eingegangen ist. Es handelt sich also nicht um spontane, wenig überlegte Äußerungen des Präsidenten aus aktuellem Anlaß. Die Nationale Sicherheitsstrategie ist ein Grundsatzpapier, das die Leitlinien der amerikanischen Politik der internationalen Sicherheit für die kommenden Jahre festlegt. Seither hat die US-Regierung diese Grundsatzposition immer wieder öffentlich betont: Multilaterales Vorgehen – d.h. eine

---

Fälle deutlicher von der in die Domäne des Sicherheitsrats fallenden Gefahrenabwehr abzugrenzen, vgl. z.B. *O’Connell* (Fn. 28), S. 2 Fn. 10.

<sup>31</sup> So z.B. *Randelzhofer*, in: Simma, *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Art. 51 Rn. 39 m.w.N.; *Cassese*, *International Law*, 2001, S. 310.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. *Yoram Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 2nd. ed. 1994, S. 190 ff.; *O’Connell* (Fn. 28), S.5 ff. m.w.N.; *Christian Schaller*, *Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht*, *ZaöRV* 62 (2002), S.641 (660); *Claude H. Waldock*, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, *Recueil des Cours* 81 (1952), S. 455 (498); *Kay Hailbronner*, *Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots*, *BerDGVR* 26 (1986), S.49 (81); *Ahmed M. Rifaat*, *International Aggression*, 1979, S. 126 f.; *Mark M. Baker*, *Terrorism and the Inherent Right of Self-Defense*, *Houston Journal of International Law* 10 (1987), S. 25 (45) m.w.N.; *Peter Manlanczuk*, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th. ed. 1997, S. 312 ff.. Wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht spricht eine Vermutung gegen die Zulässigkeit der präventiven Selbstverteidigung, vgl. *Richard Falk*, *Einer flog über das Völkerrecht. Der mögliche Irakkrieg und die Charta der Vereinten Nationen*, *Le Monde diplomatique* (Beilage zur taz), Dez. 2002. – Vereinzelt wird der evident falsche Standpunkt vertreten, die Regeln über das Gewaltverbot bzw. über die Begrenzung der Selbstverteidigung seien wegen ständig abweichender Staatenpraxis nicht (mehr) in Kraft, so z.B. *Michael J. Glennon*, *The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter*, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 25 (2002), S. 539 (540 ff.). Dagegen mit zutreffender Argumentation *O’Connell* (Fn. 28), S. 14 f.; *IGH*, *ICJ Reports* 1986, 14 (98), para. 186.

<sup>33</sup> Graduation Speech at West Point, [www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html).

<sup>34</sup> *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002 (NSS 2002), [www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf](http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf). Wichtig ist vor allem das V. Kapitel, S. 13 ff.

Ermächtigung durch den Sicherheitsrat – wird zwar angestrebt; wenn der Sicherheitsrat die Politik der USA nicht unterstützt, sind diese jedoch zu unilateralem Vorgehen – d.h. zu Militärfaktionen ohne Ermächtigung durch den Sicherheitsrat – entschlossen. In der neuen Nationalen Sicherheitsstrategie vom März 2006<sup>35</sup>, mit der die Nationale Sicherheitsstrategie von 2002 aufgenommen und fortgeschrieben wird, steht die „Bush-Doktrin“ zwar nicht so im Vordergrund wie 2002, aber sie ist keineswegs aufgegeben worden. Auch das neue Dokument betont – in ausdrücklicher Anknüpfung an das Dokument von 2002 –, daß die USA notfalls Präventivkriege führen werden<sup>36</sup>.

Präventivkriege im Sinne der National Security Strategy – „preemptive actions“, wie sie dort genannt werden – sind nicht Selbstverteidigungskriege im oben (a) cc)) dargelegten Sinne. *Preemptive action* ist nicht antizipatorische Selbstverteidigung in der Situation eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs. Sie setzt vielmehr überhaupt keinen Angriff voraus. Die Möglichkeit, daß es irgendwann einmal zu einem Angriff kommen könnte, reicht schon aus – jedenfalls dann, wenn der potentielle Angreifer nach Auffassung der USA ein „Schurkenstaat“ („rogue state“) ist und den Besitz von Massenvernichtungsmitteln anstrebt<sup>37</sup>.

Diese Strategie ist eindeutig unvereinbar mit der Charta der Vereinten Nationen<sup>38</sup> und daher auch mit Art. 1 des NATO-Vertrages. Was die USA als „Recht auf präventive Selbstverteidigung“ („preemptive self-defense“) in Anspruch nehmen, hat mit Selbstverteidigung nichts zu tun, weil es nicht Verteidigung gegen einen Angriff ist. Vielmehr geht es im weiteren Sinne um Gefahrenabwehr – im weiteren Sinne deshalb, weil nicht einmal eine konkrete Gefahr vorausgesetzt wird, sondern eine hypothetische Gefahr genügt. Damit maßen sich die USA ein Recht an, welches nach der UN-Charta allenfalls dem Sicherheitsrat zusteht, der nämlich zur Friedenswahrung schon tätig werden – und notfalls auch militärische Zwangsmaßnahmen anordnen kann – wenn noch kein Angriff und damit keine Selbstverteidigungslage gegeben ist; der Sicherheitsrat kann schon bei einer „Bedrohung“ des Friedens Maßnahmen ergreifen (Art. 39 UN-Charta).

#### bb) Der völkerrechtswidrige Angriffskrieg auf den Irak

Die USA haben nicht nur gegenüber der Weltöffentlichkeit das Recht für sich in Anspruch genommen, Präventivkriege im oben (aa) dargestellten Sinne zu führen. Sie haben dies mit ihrem Krieg gegen den Irak im Jahr 2003 auch praktiziert.

(1) Für den Irak-Krieg von 2003 gab es kein Mandat des Sicherheitsrats<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> The National Security Strategy of the United States of America, March 2006 (NSS 2006), [www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf](http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf).

<sup>36</sup> NSS 2006 (Fn. 35), S. 18.

<sup>37</sup> NSS 2002 (Fn. 34), S. 15.

<sup>38</sup> Dazu ausführlich *Murswiek* (Fn. 27), S. 1016 ff., insb. 1018 f.

<sup>39</sup> Zutreffend *BVerwG*, Urt. v. 21. 6. 2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77 (93 f.) mit ausführlicher Darstellung und weiteren Nachweisen.

Resolution 1441 vom 8. November 2002<sup>40</sup> hatte ein Inspektionsregime in bezug auf Massenvernichtungsmittel errichtet. Der Sicherheitsrat stellte fest, daß falsche Angaben über vorhandene Massenvernichtungsmittel oder mangelnde Zusammenarbeit mit den Inspektoren einen weiteren schwerwiegenden Bruch der Pflichten Iraks bedeuten würden (Nr. 4), nachdem der Irak seit 1991 immer wieder erheblich gegen die einschlägigen Resolutionen verstoßen habe (Nr. 1). Die Resolution sagte jedoch nicht, daß ihre Nichtbeachtung durch den Irak automatisch militärische Sanktionen gem. Art. 42 zur Folge haben wird. Und schon gar nicht wurden die USA oder andere Mitgliedstaaten zur Durchführung solcher Sanktionen ermächtigt<sup>41</sup>.

Von amerikanischer und britischer Seite wurde auch argumentiert, eine Ermächtigung zum militärischen Eingreifen ergebe sich aus der Golfkriegsresolution 678 (1990) in Verbindung mit der Waffenstillstandsresolution 687 (1991)<sup>42</sup>. Auch auf diese Resolutionen konnten die USA und ihre „Koalition der Willigen“ ihren militärischen Angriff auf den Irak aber eindeutig nicht stützen. Mit Resolution 678 hatte der Sicherheitsrat die mit der Regierung von Kuwait zusammenarbeitenden Mitgliedstaaten ermächtigt, die Besetzung Kuweits durch den Irak mit militärischen Mitteln zu beenden und die betreffenden Resolutionen des Rates durchzusetzen. Resolution 687 legte die Bedingungen für den Waffenstillstand fest, der am 11. April 1991 in Kraft trat. Diese Resolution verpflichtete den Irak, sich einer bedingungslosen atomaren, biologischen und chemischen Abrüstung unter internationaler Aufsicht und fortdauernder Kontrolle seiner Rüstungsaktivitäten zu unterziehen. Gegen diese Verpflichtung hat der Irak immer wieder verstoßen. Der Sicherheitsrat hat 1997<sup>43</sup> festgestellt, daß der Irak auf diese Weise den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohe. Das Argument lautete nun, wegen dieser schwerwiegenden Verstöße gegen die Waffenstillstandsresolution lebe das Mandat zur Gewaltanwendung aus der Golfkriegsresolution von 1990 wieder auf.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß das Golfkriegsmandat auf die konkrete Situation der Besetzung Kuweits beschränkt war und sich mit dem vollständigen Rückzug der irakischen Truppen aus Kuwait und dem Inkrafttreten des Waffenstillstands erledigt hat. Die Waffenstillstandsresolution hat die Geltung des Mandats implizit beendet. Mit ihr hat der Sicherheitsrat die im Rahmen des VII. Kapitels zu treffenden Entscheidungen wieder an sich gezogen. Hätte es nach seiner Auffassung erneuter militärischer Gewaltmaßnahmen bedurft, weil er der Auffassung gewesen wäre, daß der Irak den Weltfrieden erneut bedroht, dann hätte er selbst darüber beschließen müssen. Aus der Resolution von 1990 ließ sich für solche Maßnahmen keine Befugnis mehr herleiten<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Alle hier zitierten Resolutionen des Sicherheitsrats sind im Internet abrufbar unter [www.un.org/documents](http://www.un.org/documents).

<sup>41</sup> Dazu ausführlicher z.B. *Murswiek* (Fn. 27), S. 1015 f.

<sup>42</sup> Nachw. bei *Sean D. Murphy*, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, *American Journal of International Law* 93 (1999), S. 470 (471 ff.), und bei *Geoffrey Marston*, *United Kingdom Materials on International Law 1998*, *The British Year Book of International Law* 69 (1998), S. 433 (586 ff.); vgl. auch *Schaller* (Fn. 32), S. 652 f.; *Michael Byers*, *The Shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures against Iraq*, *European Journal of International Law* 13 (2002), S. 21 (23 ff.).

<sup>43</sup> Mit Resolution 1137; in der Präambel von SR-Res. 1441 (2002) wird dies erneut bestätigt.

<sup>44</sup> Dazu im einzelnen *Christian Schaller*, *Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht*, *ZaöRV* 62 (2002), S.641 (645-656) mit

(2) Die USA konnten sich auch nicht auf das Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UN-Charta berufen. Es lag eindeutig kein bewaffneter Angriff des Irak auf die USA (oder auf einen anderen Staat, dem die USA hätten Hilfe leisten können) vor, und ein solcher Angriff stand auch nicht unmittelbar bevor<sup>45</sup>.

(3) Die USA haben sich für den Irak-Krieg zwar – zu Unrecht – auf die oben genannten Sicherheitsratsresolutionen berufen, zugleich aber auch hervorgehoben, daß sie zu diesem Krieg kraft ihres Rechts auf *preemptive self-defense* befugt seien. Dieser Krieg war der erste Anwendungsfall der „Bush-Doktrin“ gemäß der National Security Strategy 2002. Die völkerrechtswidrige Strategie wurde mit einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg in die Praxis umgesetzt.

(4) Ein weiterer praktischer Anwendungsfall der völkerrechtswidrigen Präventivkriegsstrategie der USA sind die Drohungen gegenüber dem Iran. Auch die Drohung mit militärischer Gewalt verstößt gegen das Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta.

Die USA haben gedroht, gegen den Iran notfalls militärische Gewalt anzuwenden, wenn der Iran nicht bereit ist, die Anreicherung von Uran und die Pläne zum Bau von Atomwaffen aufzugeben. Dabei haben sie betont, daß sie eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat hierfür zwar anstreben, aber nicht für unbedingt erforderlich halten und notfalls auch ohne Ermächtigung durch den Sicherheitsrat handeln werden<sup>46</sup>.

Auch Militärschläge gegen den Iran zur Verhinderung der Herstellung von Atomwaffen wären mangels einer Selbstverteidigungslage – also mangels eines Angriffs – durch das Selbstverteidigungsrecht nicht gedeckt. Sie passen aber in das Konzept der Präventivkriegsstrategie gemäß der „Bush-Doktrin“ und wären ein weiterer Anwendungsfall der von den USA so genannten *preemptive self-defense*.

---

sehr gründlicher Analyse der einzelnen Resolutionen und überzeugender Argumentation. Schaller zeigt auch, daß aus späteren Resolutionen keine implizite Ermächtigung abgeleitet werden kann und daß der Sicherheitsrat immer vom Fortbestand des Waffenstillstandsregimes ausgegangen ist. Hieran hat sich auch durch SR-Res. 1441 (2002) nichts geändert. Diese verweist zwar in der Präambel auf die Res. 678 (1990) und 687 (1991) und stellt nochmals einen „material breach“ der Res. 687 fest, hebt aber nicht den Waffenstillstand auf, sondern gibt dem Irak nochmals die Möglichkeit, seine Abrüstungsverpflichtungen aus dieser Resolution zu erfüllen (Nr. 2, 3). – Ebenso die ganz herrschende Meinung, z.B. Dieter Deiseroth, Am Abgrund des Verfassungsbruchs. Dürfte die Bundesregierung es dulden, dass die USA im Falle eines Kriegs gegen Irak die deutschen Militärstützpunkte nutzen?, [www.uni-kassel.de/fb10/frieden/regionen/Irak/deiseroth.html](http://www.uni-kassel.de/fb10/frieden/regionen/Irak/deiseroth.html) (12.9.2002), II; Murswiek (Fn. 27), S. 1016; Michael Bothe, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, AVR 2003, 255 (263 f.) m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 21. 6. 2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77 (93).

<sup>45</sup> Vgl. Murswiek (Fn. 27), S. 1017 f.; BVerwG, Urt. v. 21. 6. 2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77 (94 f.) m.w.N.

<sup>46</sup> Vgl. die Äußerungen von US-Außenministerin Condoleezza Rice laut FAZ v. 21.4.2006: »Die amerikanische Außenministerin Rice hat deutlich gemacht, daß ihre Regierung auch ohne Zustimmung des UN-Sicherheitsrats gegen Iran vorgehen würde. „Ich glaube, uns stehen Optionen zur Verfügung, die nicht notwendigerweise voll im Sicherheitsrat liegen.“ [...] Auch in der Frage der Gewaltanwendung sei die Zustimmung des höchsten UN-Gremiums nicht in jedem Fall nötig. „Wir haben immer gesagt, daß das Recht auf Selbstverteidigung nicht notwendigerweise eine Resolution des Sicherheitsrats voraussetzt“, sagte sie und erwähnte die Kriege im Irak und auf dem Balkan.«

## cc) Die völkerrechtswidrige Kriegsführung im Irak und in Afghanistan

Die Kriegsführung der USA im Irak seit März 2003 und in Afghanistan seit Oktober 2001 ist völkerrechtswidrig, weil sie die Zivilbevölkerung in einer mit dem humanitären Völkerrecht nicht zu vereinbarenden Weise in Mitleidenschaft zieht. Diese Kriegsführung ist gekennzeichnet durch Luftangriffe auf Ziele, in denen feindliche Kombattanten oder Terroristen vermutet werden, in denen sich aber auch – und mitunter überwiegend – Zivilpersonen befinden. Die Zahl der als „Kollateralschäden“ bezeichneten Toten und Verwundeten auf Seiten der Zivilbevölkerung ist erschreckend groß. Viele Wohnhäuser, aber auch zivile Krankenhäuser wurden in Schutt und Asche gelegt. Auch die Bodentruppen nehmen auf die Zivilbevölkerung keine Rücksicht<sup>47</sup>. Beim jüngsten Zwischenfall haben in Dschalalabad nach Presseberichten US-Soldaten in eine Menge von Zivilisten gefeuert. Dabei sollen bis zu 10 Personen getötet und 35 verletzt worden sein<sup>48</sup>. Derartige Ereignisse sind keine Einzelfälle, sondern werden in der Presse als „typisch“ für die amerikanische Kriegsführung dargestellt<sup>49</sup>. Ein besonders eklatantes Beispiel ist die Bombardierung und Beschließung einer Hochzeitsgesellschaft in der Provinz Oruzgan<sup>50</sup>.

Diese Art der Kriegsführung verstößt gegen grundlegende vertragliche und gewohnheitsrechtliche Regeln des humanitären Völkerrechts.

(1) Sie verstößt gegen das Verbot unterschiedsloser Angriffe gemäß Art. 51 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8.6.1977 (ZP I Genfer Abk.). Diese Bestimmungen lauten:

**Art. 51 Schutz der Zivilbevölkerung**

[...]

(4) Unterschiedslose Angriffe sind verboten. Unterschiedslose Angriffe sind

- a) Angriffe, die nicht gegen ein bestimmtes militärisches Ziel gerichtet werden,
- b) Angriffe, bei denen Kampfmethoden oder -mittel angewendet werden, die nicht gegen ein bestimmtes militärisches Ziel gerichtet werden können, oder
- c) Angriffe, bei denen Kampfmethoden oder -mittel angewendet werden, deren Wirkungen nicht entsprechend den Vorschriften dieses Protokolls begrenzt werden können

und die daher in jedem dieser Fälle militärische Ziele und Zivilpersonen oder zivile Objekte unterschiedslos treffen können.

(5) Unter anderem sind folgende Angriffsarten als unterschiedslos anzusehen:

- a) ein Angriff durch Bombardierung – gleichviel mit welchen Methoden oder Mitteln – bei dem mehrere deutlich voneinander getrennte militärische Einzelziele in einer Stadt, einem Dorf oder einem sonstigen

<sup>47</sup> Eine Zusammenstellung von Meldungen über zivile Opfer im Irak-Krieg findet sich auf der Internetseite „Iraq body count“, <http://www.iraqbodycount.org/>, database p. 136-138. – Beispiele für eine Vielzahl von Meldungen aus Afghanistan finden sich in: FAZ v. 5.7.2002, SZ v. 22.7.2002; SZ v. 30.7.2002; SZ v. 10.4.2003; SZ v. 8.12.2003; FAZ v. 11.12.2003; FAZ v. 20.1.2004; SZ v. 9.3.2004; SZ v. 5.7.2005; SZ v. 23.5.2006.

<sup>48</sup> Spiegel online, 4.3.2007, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,469780,00.html> (6.3.2007).

<sup>49</sup> Der ungeliebte Freund, SZ v. 7.7.2005.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Der Spiegel, 5.8.2002.

Gebiet, in dem Zivilpersonen oder zivile Objekte ähnlich stark konzentriert sind, wie ein einziges militärisches Ziel behandelt werden, und

- b) ein Angriff, bei dem damit zu rechnen ist, daß er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.

[...]

Insbesondere das Bombardement von Städten oder Dörfern mit dem Ziel, dort sich aufhaltende Kombattanten oder Terroristen zu vernichten, ist ein „unterschiedsloser Angriff“ im Sinne von Abs. 5 lit. a.

Daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Abs. 5 lit. b) in vielen Fällen nicht beachtet wurde, ergibt sich schon aus der Gesamtzahl ziviler Opfer. Freilich ist die Zahl der Opfer umstritten. Die amerikanische Regierung hatte sie auf etwa 30.000 geschätzt<sup>51</sup>. Schon diese Zahl zeigt, daß die in Kauf genommenen „Kollateralschäden“ unverhältnismäßig hoch sind. Wahrscheinlich ist diese Zahl aber viel zu gering. Eine unabhängige Studie amerikanischer Wissenschaftler von der Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health in Baltimore, Maryland, schätzt die Zahl der Opfer auf 655.000<sup>52</sup>. Diese Studie bezieht sich freilich auf den Zeitraum bis Juli 2006, so daß nicht nur die Opfer des Bomben- und des Bodenkriegs, sondern auch die Opfer der Selbstmordanschläge mit erfaßt worden sind, wobei letztere laut der Studie aber den weitaus geringsten Teil ausmachen. Für den Zeitraum vom Kriegsbeginn (März 2003) bis September 2004 hatten die Wissenschaftler ursprünglich eine Zahl von 100.000 zivilen Opfern, die meisten davon Frauen und Kinder, geschätzt<sup>53</sup>. Die neue Studie diente der Aktualisierung einer früheren Erhebung. Nach Auffassung der US-Regierung sind diese Zahlen aber viel zu hoch. Unmittelbar nach den vom 20.3. bis zum 2.5.2003 dauernden Hauptkriegshandlungen publizierte Schätzungen von 1.200 bis 2.600 getöteten Zivilisten<sup>54</sup> werden überwiegend als viel zu gering angesehen. Nach der Statistik der Internetseite „Iraq body count“, die auf der Auswertung von Meldungen seriöser Nachrichtenagenturen beruht, kamen während der Militärkampagne (in dem genannten Zeitraum) zwischen 5.604 und 7.215 Zivilisten ums Leben<sup>55</sup>. Dabei ist davon auszugehen, daß die wirkliche Zahl wesentlich höher liegt, da die Journalisten, die diese Zahlen melden, nicht Zugang zu allen Kriegsschauplätzen hatten und bei weitem nicht alles, was sich tatsächlich abgespielt hat, erfaßt werden konnte.

---

51 Vgl. z.B. Focus online 11.10.2006, [http://www.focus.de/politik/ausland/irak-studie\\_nid\\_37249.html](http://www.focus.de/politik/ausland/irak-studie_nid_37249.html) (27.2.2007).

52 ZEIT online 3.11.2006, <http://www.zeit.de/online/2006/41/irak-opfer-studie>; Focus online (Fn. 51); vollständige Studie: *Gilbert Burnham et al.*, Mortality after the 2003 invasion of Iraq: a cross-sectional cluster sample survey, *Lancet* 2006; 368: 1421–28, <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140673606694919/fulltext> (27.2.2007)

53 Der Tagesspiegel vom 30.10.2004.

54 Stern shortnews vom 2.5.2003, [http://shortnews.stern.de/web/news\\_archive/1/id/452073/robot/1/x\\_id/Irakkrieg:%20Kosten,%20Tote,%20Verwundete%20-%20eine%20Bilanz/start.cfm](http://shortnews.stern.de/web/news_archive/1/id/452073/robot/1/x_id/Irakkrieg:%20Kosten,%20Tote,%20Verwundete%20-%20eine%20Bilanz/start.cfm).

55 <http://www.iraqbodycount.net/> (recherchiert am 28.2.2007).

Auch über die Zahl der getöteten irakischen Soldaten gibt es keine verlässlichen Zahlen. Es sollen mindestens 2.300 irakische Soldaten getötet worden sein (gegenüber 138 US-amerikanischen und 33 britischen Soldaten)<sup>56</sup>.

Vergleicht man die Zahl der getöteten irakischen Soldaten mit denen der getöteten Zivilisten, dann liegt es auf der Hand, daß selbst bei aller gebotenen Vorsicht im Umgang mit den weit divergierenden Zahlenangaben der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in eklatanter Weise mißachtet und ein unterschiedsloser Krieg auch gegen die Zivilbevölkerung geführt wurde. Trotz der in diesem Krieg eingesetzten Präzisionswaffen scheint die Zahl der zivilen Opfer mindestens so groß wie die Zahl der getöteten Soldaten zu sein. Aber selbst wenn die Zahl der getöteten Soldaten größer wäre als die Zahl der getöteten Zivilisten, müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß die Grundsätze des humanitären Völkerrechts über den Schutz der Zivilbevölkerung auf's Größte mißachtet worden sind.

(2) Die Kriegsführung der USA verstößt zugleich gegen Art. 52 Abs. 1 und 2 ZP I Genfer Abk.; nach dieser Vorschrift dürfen zivile Objekte nicht angegriffen werden (Abs. 1). Angriffe sind streng auf militärische Ziele zu beschränken (Abs. 2). Im Zweifelsfall wird vermutet, daß Wohnhäuser und sonstige Wohnstätten nicht dazu verwendet werden, wirksam zu militärischen Handlungen beizutragen (Abs. 3) und daher nicht militärische Ziele im Sinne von Abs. 2 sind.

(3) Die Kriegsführung der USA ist außerdem unvereinbar mit dem IV. Kapitel des 1. ZP zu den Genfer Abkommen, das den Parteien bewaffneter Konflikte vorschreibt, bestimmte vorsorgliche Maßnahmen zur Schutz der Zivilbevölkerung bei Angriffen und gegen die Wirkung von Angriffen zu ergreifen. Die betreffenden Vorschriften lauten:

**Art. 57 Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff**

(1) Bei Kriegshandlungen ist stets darauf zu achten, daß die Zivilbevölkerung, Zivilpersonen und zivile Objekte verschont bleiben.

(2) Im Zusammenhang mit Angriffen sind folgende Vorsichtsmaßnahmen zu treffen:

- a) Wer einen Angriff plant oder beschließt,
  - i) hat alles praktisch Mögliche zu tun, um sicherzugehen, daß die Angriffsziele weder Zivilpersonen noch zivile Objekte sind und nicht unter besonderem Schutz stehen, sondern militärische Ziele im Sinne des Artikels 52 Absatz 2 sind und daß der Angriff nicht nach diesem Protokoll verboten ist;
  - ii) hat bei der Wahl der Angriffsmittel und -methoden alle praktisch möglichen Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, um Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen und die Beschädigung ziviler Objekte, die dadurch mit verursacht werden könnten, zu vermeiden und in jedem Fall auf ein Mindestmaß zu beschränken;
  - iii) hat von jedem Angriff Abstand zu nehmen, bei dem damit zu rechnen ist, daß er auch Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen;
- b) ein Angriff ist endgültig oder vorläufig einzustellen, wenn sich erweist, daß sein Ziel nicht militärischer Art ist, daß es unter besonderem Schutz steht oder daß damit zu rechnen ist, daß der Angriff auch Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen;

---

<sup>56</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Irak-Krieg> (28.2.2007); ebenso stern shortnews (Fn. 54).

c) Angriffen, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann, muß eine wirksame Warnung vorausgehen, es sei denn, die gegebenen Umstände erlaubten dies nicht.

(3) Ist eine Wahl zwischen mehreren militärischen Zielen möglich, um einen vergleichbaren militärischen Vorteil zu erringen, so ist dasjenige Ziel zu wählen, dessen Bekämpfung Zivilpersonen und zivile Objekte voraussichtlich am wenigsten gefährden wird.

(4) Bei Kriegshandlungen auf See oder in der Luft hat jede am Konflikt beteiligte Partei im Einklang mit den Rechten und Pflichten, die sich aus den Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts für sie ergeben, alle angemessenen Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, um Verluste unter der Zivilbevölkerung und die Beschädigung ziviler Objekte zu vermeiden.

(5) Die Bestimmungen dieses Artikels sind nicht so auszulegen, als erlaubten sie Angriffe auf die Zivilbevölkerung, Zivilpersonen oder zivile Objekte.

#### **Art. 58 Vorsichtsmaßnahmen gegen die Wirkungen von Angriffen**

Soweit dies praktisch irgend möglich ist, werden die am Konflikt beteiligten Parteien

- a) sich unbeschadet des Artikels 49 des IV. Abkommens bemühen, die Zivilbevölkerung, einzelne Zivilpersonen und zivile Objekte, die ihrer Herrschaft unterstehen, aus der Umgebung militärischer Ziele zu entfernen;
- b) es vermeiden, innerhalb oder in der Nähe dicht bevölkerter Gebiete militärische Ziele anzulegen;
- c) weitere notwendige Vorsichtsmaßnahmen treffen, um die Zivilbevölkerung, einzelne Zivilpersonen und zivile Objekte, die ihrer Herrschaft unterstehen, vor den mit Kriegshandlungen verbundenen Gefahren zu schützen.

(4) Die USA haben das 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen nicht ratifiziert. Die oben zitierten Vorschriften sind also nicht unmittelbar anwendbar.

Das in Art. 51 ZP I Genfer Abk. kodifizierte Verbot der Waffenanwendung gegen die Zivilbevölkerung gilt aber gewohnheitsrechtlich<sup>57</sup>. Auch die übrigen zitierten Vorschriften gelten – nicht in allen Einzelheiten, aber in ihrem Kern – gewohnheitsrechtlich<sup>58</sup>. Das folgt schon daraus, daß sie Ausprägungen des allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satzes sind, wonach die Zivilbevölkerung in militärischen Konflikten soweit wie möglich und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu schonen ist.

(5) Bombardierungen von Städten und Dörfern und sonstige mit dem Verbot unterschiedsloser Angriffe unvereinbarer Angriffe auf die Zivilbevölkerung sind auch mit den Menschenrechten, insbesondere dem Recht auf Leben (Art. 6 Abs. 1 IPBPR) unvereinbar.

(6) Soweit das 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen Gewohnheitsrecht kodifiziert, ist es auch für die NATO verbindlich. Zwar sind die Grundsätze des humanitären Völkerrechts im NATO-Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt, doch handelt es sich beim Verstoß gegen diese Grundsätze um eine „Gewaltanwendung [...], die mit den Zielen der Vereinten Nationen nicht vereinbar ist“ im Sinne von Art. 1 NATO-Vertrag. Zu den Zielen der Vereinten Nationen gehört es, daß internationale Streitigkeiten „nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und des

<sup>57</sup> Vgl. *Knut Ipsen*, in: ders., *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 69 Rn. 3, 4, 5 m. Hinw. auf Resolutionen der UN-Generalversammlung und des Sicherheitsrats in Rn. 3.

<sup>58</sup> Einen umfassenden Nachweis der gewohnheitsrechtlichen Geltung des humanitären Völkerrechts liefert eine zweibändige Studie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz: *Jean-Marie Henckaerts / Louise Doswald-Beck* (ed.), *Customary international humanitarian law*. International Committee of the Red Cross, Oxford University Press 2005.

Völkerrechts“ beizulegen sind (Art. 1 Nr. 1 UN-Charta). Dieses Ziel ist zwar im Zusammenhang mit der friedlichen Streitbeilegung formuliert worden, bringt aber den allgemeinen Gedanken zum Ausdruck, daß die Achtung des Völkerrechts dem Frieden und damit dem obersten Ziel der Vereinten Nationen dient. Die Bindung an das Völkerrecht prägt die gesamte Charta, und es kann nicht angenommen werden, daß die Staaten dann, wenn sie ausnahmsweise militärische Gewalt anwenden dürfen, hinsichtlich der Art und Weise der Gewaltanwendung von den Bindungen des allgemeinen Völkerrechts dispensiert sein sollen. Daher gehört die Pflicht zur Beachtung der gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln des humanitären Völkerrechts, insbesondere die Beachtung der gewohnheitsrechtlichen Regeln zum Schutz der Zivilbevölkerung, ebenfalls zu den Grundsätzen des NATO-Vertrages, die in Art. 1 zur Ausdruck gebracht werden.

Auch diese Grundsätze gehören zum Integrationsprogramm, für dessen Einhaltung der Bundestag die Verantwortung trägt. Das folgt schon daraus, daß der Bundestag einem Vertragsgesetz, das die NATO zu Militäraktionen unter Verletzung dieser Grundsätze ermächtigen würde, im Hinblick auf Art. 25 GG nicht hätte zustimmen dürfen, ohne zuvor das Grundgesetz zu ändern.

Entsprechendes gilt für die Menschenrechte. Die NATO versteht sich als „Wertegemeinschaft“. Sie bekennt sich in der Präambel des NATO-Vertrages zum Schutz der Freiheit und der Herrschaft des Rechts. Daher ist eine menschenrechtswidrige Kriegsführung mit dem NATO-Vertrag unvereinbar. Auch dies ist – aus den schon genannten Gründen – notwendiger Bestandteil des Integrationsprogramms.

#### dd) Die völkerrechtswidrige Behandlung Gefangener

(1) Sowohl im Zusammenhang mit dem Krieg in Afghanistan als auch im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg ist es seitens der USA zu massiven Verletzungen von Rechten Gefangener gekommen. Dabei wurde sowohl gegen die Menschenrechte als auch gegen spezielle Regeln des humanitären Völkerrechts verstoßen.

Sowohl in Afghanistan als auch im Irak wurden Gefangene gefoltert, ebenso in Guantanamo.

Auf diejenigen Fälle, in denen Gefangene in besonders menschenverachtender Weise behandelt wurden und die von US-Behörden und US-Gerichten strafrechtlich verfolgt werden, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Dies sind Exzesse, die von der amerikanischen Regierung nicht gebilligt werden und daher für sich genommen keinen Anlaß geben, an der prinzipiellen Völkerrechtstreue der USA zu zweifeln. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Organstreit kommt es auf die Fälle an, welche vom US-Militär und von der Regierung der Vereinigten Staaten für gerechtfertigt angesehen werden.

Dabei handelt es sich im wesentlichen um folgende Fallgruppen:

- Anwendung massiver körperlicher Gewalt zur Erzwingung von Aussagen (Folter)<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. z.B. FAZ v. 9.3.2004; SZ 9.3.2004.

- Entführung von Verdächtigten aus europäischen Ländern durch Angehörige des Geheimdienstes CIA und Überbringung der Entführten in geheime Gefängnisse in anderen Ländern („*renditions*“), wo die rechtsstaatlichen Standards geringer sind und Folter möglich ist<sup>60</sup>.

- Inhaftierung Verdächtiger in Guantanamo ohne Gerichtsverfahren, ohne Verteidigungsmöglichkeit, ohne Kontakt zur Außenwelt und auf unbeschränkte Dauer. Hier hat inzwischen der Supreme Court der USA dafür gesorgt, daß jedenfalls einige rechtsstaatliche Mindeststandards eingehalten werden. Auch in anderen Gefängnissen wie in Bagram in Afghanistan werden Gefangene unbegrenzt und ohne Rechte festgehalten<sup>61</sup>

In diesen Fällen haben die USA wiederholt und massiv gegen das menschenrechtliche Verbot der Folter (Art. 7 IPBPR) und gegen das Menschenrecht auf Freiheit der Person (Art. 9 IPBPR), gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung Gefangener (Art. 10 IPBPR) sowie gegen die Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 3, Art. 9 Abs. 2-4 IPBPR) verstoßen.

Sofern es sich bei den Gefangenen um Kombattanten handelt, unterstehen sie dem Schutz des III. Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12.8.1949, das für die USA verbindlich ist. Nach Art. 13 dieses Abkommens müssen Kriegsgefangene jederzeit mit Menschlichkeit behandelt werden. Jede rechtswidrige Handlung oder Unterlassung seitens des Gewahrsamsstaates, die den Tod oder eine schwere Gefährdung der Gesundheit eines in seinen Händen befindlichen Kriegsgefangenen zur Folge hat, ist untersagt und gilt als schwere Verletzung des Abkommens (Abs. 1 S. 1 und 2). Die Kriegsgefangenen sind jederzeit zu schützen, insbesondere auch vor Gewalttätigkeit oder Einschüchterung und vor Beleidigungen (Abs. 3). Diese Bestimmungen sind auch für die Bewertung von Exzeßtaten von Bedeutung. Denn der Gewahrsamsstaat hat diejenigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, die notwendig sind, um Exzesse zu verhüten. Auch dagegen haben die USA verstoßen. Auch der Anspruch auf Achtung der Person und der Ehre der Kriegsgefangenen, der nach Art. 14 „unter allen Umständen“ besteht, wurde verletzt. Folter und unmenschliche Behandlung sind gemäß Art. 130 als „schwere Verletzungen“ der Konvention eingestuft, die zu bestrafen die Staaten verpflichtet sind (Art. 129 Abs. 1).

Im Falle der *renditions* haben die USA zudem die Souveränität der Staaten verletzt, aus denen die Betroffenen entführt wurden, soweit nicht deren Einverständnis vorlag.

(2) Auch mit diesen Verhaltensweisen haben die USA in schwerwiegender Weise gegen den NATO-Vertrag verstoßen und zwar gegen fundamentale Prinzipien dieses Vertrages, die zum Integrationsprogramm gehören. Insoweit verweise ich auf die Ausführungen oben im Abschnitt cc) (6). Wichtig ist auch in diesem Zusammenhang, daß die US-Regierung ihr Verhal-

---

<sup>60</sup> Vgl. zu dieser Problematik z.B. *Georg Nolte*, With a little help from my friends?, FAZ v. 12.12.2005, S. 8; Entschließung des Europäischen Parlaments zu der behaupteten Nutzung europäischer Staaten durch die CIA für die Beförderung und das rechtswidrige Festhalten von Gefangenen (2006/2200(INI)) v. 14.2.2007. Hingewiesen sei insbesondere darauf, daß die Staatsanwaltschaft München gegen 13 Mitarbeiter der CIA Haftbefehle im Zusammenhang mit der Verschleppung von Khaled el-Masri von Deutschland nach Kabul erwirkt hat, Spiegel online 31.1.2007, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,463370,00.html> (6.3.2007).

<sup>61</sup> Vgl. z.B. New York Times, 26.2.2006, S. 1.

ten als im Kampf gegen den Terrorismus geboten rechtfertigt. Es handelt sich also nicht um vereinzelte „Ausreißer“, sondern um offizielle Regierungspolitik.

ee) Die Auflösung des Angriffsbegriffs im „Krieg gegen den Terror“

Seit dem 11. September 2001 führen die USA ihren „Krieg gegen den Terror“<sup>62</sup> beziehungsweise „Krieg gegen den Terrorismus“<sup>63</sup> (*war on terror / war on terrorism*).

Nach dem Anschlag auf das World Trade Center wurde der Kampf gegen den internationalen Terrorismus zur wichtigsten Aufgabe der Außenpolitik, der Verteidigungspolitik und der Politik der inneren Sicherheit. Dem internationalen Terrorismus haben die meisten Staaten einschließlich aller NATO-Staaten den Kampf angesagt und den USA ihre Unterstützung zugesichert.

Daß der internationale Terrorismus bekämpft werden muß und daß dies auch eine Aufgabe der NATO ist, wird nicht in Frage gestellt. Auch aus Sicht der Antragsteller handelt es sich um eine der wichtigsten Aufgaben der internationalen Politik.

Es soll hier auch nicht problematisiert werden, daß für den Kampf gegen den Terrorismus die Begriffe „Krieg gegen den Terrorismus“ beziehungsweise „gegen den Terror“ verwendet werden. Solche martialischen Ausdrücke mögen geeignet sein, die Ernsthaftigkeit der Herausforderung und auch die Notwendigkeit, ihr mit der gebotenen Entschlossenheit und nötigenfalls mit Waffengewalt zu begegnen, zu unterstreichen.

Völkerrechtlich problematisch wird dieser Sprachgebrauch aber dann, wenn er nicht auf die politische Verwendung im Sinne Entschlossenheit signalisierender Kraftausdrücke beschränkt bleibt, sondern im wörtlichen Sinne als „Krieg“ gemeint ist, so daß im völkerrechtlichen Sinne ein Kriegszustand besteht und die völkerrechtlichen Regeln über die Rechtfertigung des Krieges und gegebenenfalls auch über das Recht im Kriege Anwendung finden.

In der politischen Rede über den *war on terror* läßt sich oft nicht unterscheiden, was bloß politisch und was auch völkerrechtlich gemeint ist. Oft werden beide Aspekte vermischt. Für die Politik und die Kriegsführung der USA ist nun charakteristisch, daß die US-Regierung für sich in Anspruch nimmt, seit dem 11. September 2001 einen permanenten Krieg gegen den Terror zu führen und dabei durch das Selbstverteidigungsrecht gerechtfertigt zu sein, sich im Kriegszustand zu befinden und somit die im Frieden geltenden Regeln – etwa über die Voraussetzungen, unter denen ein Mensch getötet werden darf – gegenüber den Terroristen nicht achten zu müssen, daß sie aber gleichzeitig den Terroristen, die ja konsequenterweise ihre

---

<sup>62</sup> NSS 2002 (FN. 34), Vorwort; NSS 2006 (FN. 35), S. 9, 12, 38, 40.

<sup>63</sup> Vgl. z.B. NSS 2002 (FN. 34), S. 27, 30; The Coalition Information Centers, *The Global War on Terrorism. The first 100 days, December 2002*, auf der Internetseite des Weißen Hauses <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/12/100dayreport.html> (26.2.2007); oder die spezielle Internetseite des US-Verteidigungsministeriums „Defend America“ mit dem Untertitel: „News about the Troups on the Frontlines in the Global War on Terrorism“, <http://www.defendamerica.mil> (26.2.2007).

Kriegsgegner sein müßten, den Status von Kombattanten abspricht und sie daher, wenn sie gefangen werden, nicht als Kriegsgefangene behandelt<sup>64</sup>.

#### (1) Internationaler Terror als „Angriff“ und Fall der Selbstverteidigung

Im geltenden Völkerrecht gibt es Kriege nur zwischen Staaten. Rechtlich gesehen kann ein Angriff, gegen den gemäß Art. 51 UN-Charta Selbstverteidigung zulässig ist, nur von einem Staat ausgehen. Terroranschläge lösen dann, aber auch nur dann das Selbstverteidigungsrecht aus, wenn sie in ihrer Intensität einem Militärschlag gleichstehen und wenn sie durch Personen ausgeführt werden, die – etwa als Angehörige der Streitkräfte oder des Geheimdienstes des betreffenden Staates – für diesen Staat handeln, oder wenn der Staat aus anderen Gründen für das Handeln der Terroristen verantwortlich ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er sie anstiftet, mit Waffen ausrüstet, oder finanziert. Man muß die Verantwortlichkeit aber auch dann bejahen, wenn der Staat duldet, daß die Terroristen von seinem Territorium aus Terroranschläge in anderen Staaten vorbereiten oder dafür trainieren.

#### (2) Der 11. September 2001 als Fall des Selbstverteidigungsrechts

Diese Voraussetzung war im Afghanistan des Taliban-Regimes im Hinblick auf die Terrororganisation Al Quaida erfüllt. Daher konnten die Anschläge vom 11. September 2001 dem Staat Afghanistan zugerechnet werden. Ob die Kampfhandlungen, die am 7.10.2001 begannen, von vornherein durch das Selbstverteidigungsrecht gedeckt waren, konnte daher nur deshalb problematisch sein, weil damals die Täterschaft Al Quaidas noch nicht nachgewiesen war. Im Ergebnis ließ sich jedenfalls der Afghanistan-Krieg von 2001 als durch das Selbstverteidigungsrecht gerechtfertigt einstufen, und die NATO hat zu Recht den Bündnisfall gemäß Art. 5 NATO-Vertrag als gegeben angesehen.

Mit dem Militärschlag gegen Afghanistan im Rahmen der „Operation Enduring Freedom“ (OEF) wollten die USA und ihre Verbündeten den von Afghanistan aus operierenden internationalen Terrorismus bekämpfen und insbesondere Al Quaida in Afghanistan vernichten und das Taliban-Regime stürzen.

Diese Ziele wurden inzwischen erreicht. Die Infrastruktur von Al Quaida wurde binnen kurzer Zeit zerstört. Bis Ende des Jahres 2001 waren die meisten der dieser Organisation angehörenden Terroristen, die sich in Afghanistan aufgehalten hatten, getötet oder gefangen worden oder geflohen. Bereits im Dezember 2001 wurde nach dem Sturz des Taliban-Regimes eine Übergangsregierung eingesetzt<sup>65</sup>. Der paschtunische Stammesführer Hamid Karzai wurde 2002 von der landesweiten *Loja Dschirga* („Große Ratsversammlung“) zum Präsidenten gewählt. 2004 fand die erste Präsidentenwahl statt; Karzai wurde in seinem Amt bestätigt. Mit der Parlamentswahl vom September 2005 fand der sogenannte „Bonner“ oder „Petersberger Prozeß“ der Konstitutionalisierung Afghanistans seinen Abschluß.

---

<sup>64</sup> Vgl. Jörg Fisch, Unmögliche Begegnung. Für Krieg gegen Terror gibt es keine Rechtsgrundlage, FAZ v. 28.8.2002, S. N3.

<sup>65</sup> Vgl. Übereinkommen über vorläufige Regelungen in Afghanistan bis zur Wiederherstellung dauerhafter staatlicher Institutionen (Petersberg-Abkommen) vom Dezember 2001.

### (3) Das Ende der Selbstverteidigungslage in Afghanistan

Afghanistan besitzt also jetzt legitime Staatsorgane, die nichts mehr mit dem Taliban-Regime zu tun haben. Die afghanische Regierung arbeitet mit den USA und mit den in Afghanistan stationierten NATO-Truppen zusammen und unterstützt diese bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus.

Das ehemals in Afghanistan operierende Al Quaida-Netzwerk ist zerschlagen. Seit rund fünf Jahren gibt es keine von Afghanistan ausgehenden internationalen Terroranschläge mehr.

Selbstverteidigung ist gemäß Art. 51 UN-Charta nur erlaubt, solange der Angriff andauert. Im Falle des 11. September 2001 war der Angriff noch nicht beendet, solange mit weiteren Anschlägen der Al Quaida von afghanischem Territorium aus gerechnet werden mußte. Deshalb konnte man annehmen, daß der Angriff mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 nicht beendet war. Es bestand die Gefahr weiterer Anschläge derselben Terrorgruppe aus demselben Land.

Diese Gefahr ist seit geraumer Zeit nicht mehr gegeben. Al Quaida hat in Afghanistan seinen „sicheren Hafen“ verloren. Und das Taliban-Regime, das Al Quaida unterstützt hatte, existiert nicht mehr. Die heutige afghanische Regierung bekämpft den Terrorismus und ist mit den USA befreundet<sup>66</sup>.

Somit geht heute von Afghanistan kein Angriff mehr gegen die USA aus. Der am 11. September 2001 begonnene Angriff ist niedergeschlagen worden. Die neue afghanische Regierung ist friedfertig; sie führt keinen Krieg gegen irgendeinen anderen Staat, unterstützt und beherbergt keine internationalen Terroristen.

Somit ist die Selbstverteidigungslage beendet, und zwar allerspätestens seit der Arbeitsaufnahme aller verfassungsmäßigen afghanischen Staatsorgane.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß die Sicherheitslage im Süden des Landes noch problematisch ist und daß es dort Aufständische gibt. Soweit die US-amerikanischen Truppen und die NATO-Truppen daran beteiligt sind, Aufstände niederzuschlagen und für die Sicherheit im Land zu sorgen, bekämpfen sie nicht mehr den Staat, der im Jahr 2001 juristisch der Angreifer im Sinne von Art. 51 UN-Charta gewesen ist, sondern sie unterstützen die Regierung dieses Staates bei der Herstellung der inneren Sicherheit und der Bekämpfung bürgerkriegsartiger Auseinandersetzungen<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Dies alles wird von der US-Regierung eingeräumt und als Erfolg ihrer Politik und ihrer Militäroperation hervorgehoben, vgl. z.B. NSS 2006 (FN. 35), S. 2, 8.

<sup>67</sup> Die von ISAF und OEF unterstützte Regierung ist freilich Teil der Probleme, die zu beseitigen die Unterstützung dient: Die Bundesregierung sagt in ihrem neuen „Afghanistan-Konzept“ vom 12.9.2006, bei der Besetzung hoher Regierungs- und regierungsnaher Ämter in den Provinzen seien Personen berücksichtigt worden, denen erhebliche Verstrickungen in kriminelle Aktivitäten, insbesondere den Drogenhandel, nachgesagt würden; die afghanische Regierung räume ein, daß es in ihren Reihen Korruption gebe (S. 7 f.). Viele Gewalttätigkeiten, auch Terroranschläge gehen nach Darstellung der Bundesregierung auf den Drogenanbau zurück; die wirksame Bekämpfung der Drogenkriminalität aber leide an der Verstrickung hochrangiger afghanischer Funktionsträger, auch in Regierung und Parlament, in das Drogengeschäft (S. 15).

Da der Feind ein anderer ist – nämlich innerstaatliche Aufständische – kann nicht der Angriff noch derselbe sein wie 2001. Auch handelt es sich heute um Gewaltsamkeiten gegen die afghanische Regierung und nicht gegen die USA. Und soweit amerikanische Truppen und andere NATO-Truppen in Afghanistan von Aufständischen oder Terroristen angegriffen werden, handelt es sich nicht um Angriffe, die Afghanistan gegen die USA oder gegen die anderen betroffenen NATO-Staaten führt, sondern um innerafghanische Angriffe, die sich gegen diejenigen Truppen richten, welche die afghanische Regierung unterstützen. Für diese Angriffe ist nicht die afghanische Regierung verantwortlich und damit auch nicht der Staat Afghanistan<sup>68</sup>.

Grundlage für die Bekämpfung Aufständischer im Rahmen der *Operation Enduring Freedom* (OEF) kann daher nicht mehr das Selbstverteidigungsrecht im Sinne von Art. 51 UN-Charta sein. Da es ein Mandat des Sicherheitsrats für OEF nicht gibt, kommt als Grundlage für diese Operation heute nur noch die Zustimmung der Regierung Afghanistans in Betracht.

#### (4) Die Behauptung einer fortbestehenden Selbstverteidigungslage durch die USA

Demgegenüber behaupten die USA, daß sie wegen des Angriffs vom 11. September 2001 nach wie vor zur Selbstverteidigung berechtigt seien; die OEF habe ihre Rechtsgrundlage noch immer im Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 UN-Charta.

Diese Rechtsauffassung wird von der Bundesregierung geteilt. So hat die Bundesregierung noch bei der letzten Verlängerung des Einsatzes deutscher Streitkräfte im Rahmen der OEF im November 2005 die Auffassung vertreten, daß Grundlage der OEF weiterhin Art. 51 UN-Charta sei<sup>69</sup>. Und sogar noch vor wenigen Monaten, am 6.11.2006, hat das Bundesministerium der Verteidigung durch den Parlamentarischen Staatssekretär Schmidt die im Rahmen einer Kleinen Anfrage gestellte Frage bejaht, ob die Bundesregierung der Auffassung sei, daß die Vereinigten Staaten aufgrund der Anschläge vom 11. September 2001 weiterhin Art. 51 UN-Charta in Anspruch nehmen könnten<sup>70</sup>. Begründung: „Die Angriffe des internationalen Terrorismus auf US-amerikanische Ziele wurden auch seit dem 11. September 2001 fortgesetzt.“

Mit dieser Argumentation nimmt die Bundesregierung die Rhetorik über den „Krieg gegen den Terrorismus“ auf und übersetzt sie ins Völkerrecht. Genau im Sinne der US-Regierung wird der „Krieg gegen den Terrorismus“ gegen ein „Abstraktum“ geführt – nicht gegen einen bestimmten Staat, von dem ein terroristischer Angriff ausgeht, sondern gegen „den internationalen“ oder den „globalen Terrorismus“ als solchen. Dieser Krieg hat am 11. September 2001

---

<sup>68</sup> Zu der Vielfalt der Insurgentengruppen, die keineswegs alle mit „Taliban“ oder gar mit „Al Quaida“ gleichgesetzt werden können, und zu ihren unterschiedlichen Motiven vgl. Das Afghanistan-Konzept der Bundesregierung vom 12.9.2006, S. 9.

<sup>69</sup> BT-Drs. 16/26, S. 1.

<sup>70</sup> BT-Drs. 16/2899, S. 5; vgl. außerdem die abgestimmte Erklärung des Auswärtigen Amtes, des Bundesministeriums der Verteidigung und des Bundesministeriums des Justiz in dem Papier „Bündnisfall nach Artikel 5 Nordatlantikvertrag in Folge der Angriffe auf die USA vom 11. September 2001“ vom 20.2.2007, das diese Ministerien der Arbeitsgruppe Auswärtiges der CDU/CSU-Bundestagsfraktion zur Verfügung gestellt haben (Kopie anbei).

begonnen, und da es den internationalen Terrorismus immer geben wird, wird dieser Krieg niemals aufhören. Er berechtigt dann nach Auffassung der sich daran beteiligenden Staaten nicht nur zu Militäraktionen gegen das mittlerweile gar nicht mehr den Terror unterstützende Afghanistan, sondern auch gegen andere Länder wie z.B. Somalia<sup>71</sup>. Auch die mit den oben beschriebenen *renditions* verbundenen Rechtsverletzungen wird von den USA als notwendige Maßnahmen im „Krieg gegen den Terror“ zu rechtfertigen versucht.

Auf diese Weise wird der Krieg zeit- und grenzenlos. Eine einmal gegebene Selbstverteidigungslage wird zur zeitlich und räumlich unbegrenzten Kriegsführungsermächtigung. Und das gegenüber einem bestimmten Staat, dem Angreifer, bestehende Selbstverteidigungsrecht wird jetzt nicht mehr nur in Relation zu diesem einen Subjekt in Anspruch genommen, sondern gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Subjekten. Da der Krieg sich nicht mehr gegen einen konkreten Staat, sondern gegen „den Terrorismus“ richtet, sind aus Sicht der USA alle anderen Staaten legitime Objekte von Militärschlägen, die Terroristen beherbergen oder die möglicherweise einmal Massenvernichtungsmittel an Terroristen weitergeben könnten<sup>72</sup>. Mit dem Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 UN-Charta, das als eng begrenzte Ausnahme vom allgemeinen Gewaltverbot konzipiert ist, hat das alles nichts mehr zu tun.

In der US-amerikanischen Strategie bilden die „präventive Selbstverteidigung“, die keine Selbstverteidigungslage voraussetzt und eine Art vorverlagerte Gefahrenabwehr darstellt (oben aa)), und die Inanspruchnahme des Selbstverteidigungsrechts über die Selbstverteidigungslage hinaus eine Einheit. Wenn die „Selbstverteidigung“ sich nicht mehr gegen einen konkreten Angriff eines konkreten Staates richtet, sondern gegen den mit einem Abstraktum bezeichneten „Terrorismus“, gleichgültig von welchem Staat dieser ausgeht, dann ist das nicht mehr Selbstverteidigung im Sinne von Art. 51 UN-Charta, sondern ebenfalls Gefahrenabwehr oder Gefahrenvorbeugung, und dann wird auch unter diesem Aspekt ein Recht in Anspruch genommen, das allenfalls dem UN-Sicherheitsrat zusteht.

#### (5) Die Überschreitung der von der Regierung Afghanistans gegebenen Ermächtigung zur militärischen Bekämpfung Aufständischer

Diese Auflösung der völkerrechtlichen Begrifflichkeit hat weitreichende Konsequenzen für die Praxis.

Eine Konsequenz wird in der Kriegsführung der USA in Afghanistan sichtbar. Da keine Verteidigungslage mehr gegeben ist, kann die OEF, wie gesagt, nur noch mit dem Einverständnis der Regierung Afghanistans gerechtfertigt werden. Ob es eine vertragliche Vereinbarung über die Fortführung der OEF gibt, ist nicht bekannt. Jedenfalls kann man davon ausgehen, daß die gegenwärtige afghanische Regierung mit der Fortführung der OEF in Afghanistan einverstanden ist.

Dies gilt jedoch nur für das „Ob“, nicht aber für das „Wie“. Die afghanische Regierung ist damit einverstanden, daß das US-Militär ihr bei der Bekämpfung von Aufständischen hilft.

---

<sup>71</sup> Zu amerikanischen Luftangriffen in Somalia vgl. BT-Drs. 16/4251, S. 9.

<sup>72</sup> Vgl. etwa NSS 2002 (FN. 34), S. 6; NSS 2006 (FN. 35), S. 8.

Sie ist aber nicht damit einverstanden, daß im Rahmen solcher Bekämpfungsmaßnahmen zivile Objekte bombardiert, daß Luftangriffe ohne Rücksicht auf die Zivilbevölkerung durchgeführt und daß Zivilpersonen entwürdigend behandelt werden.

Die Regierung Afghanistans hat mehrfach energisch gegen die Kriegsführung der USA protestiert und zwar unter drei Aspekten:

- Die Kriegsführung der USA berücksichtige nicht die paschtunischen Stammensstrukturen und setze nicht auf den traditionellen Dialog innerhalb dieser Strukturen.
- Die großen Verluste unter der Zivilbevölkerung seien nicht hinnehmbar.
- Das entwürdigende Verhalten gegenüber der Zivilbevölkerung sei nicht hinnehmbar.

Dies hat der Präsident Afghanistans Karzai dem Antragsteller zu 2., dem Abgeordneten Wimmer, am 26. Januar 2007 in einem persönlichen Gespräch in Kabul bekundet. Karzai hob auch hervor, daß die als „Kollateralschäden“ verharmlosten zivilen Opfer amerikanischer Militäraktionen in der Stammesgesellschaft das Gesetz der Blutrache entfachen würden. Als Beispiele für entwürdigendes Verhalten insbesondere amerikanischer Soldaten nannte Karzai die völlige Entkleidung eines alten Mannes, die Durchsuchung von Frauen durch Soldaten oder das Eintreten von Wohnungstüren. Für Paschtunen sei das eine größere Schmach als der Tod.

Der Vorsitzende des Auswärtigen Ausschusses des afghanischen Parlaments, Prof. *Saggaf*, hat all dies dem Abgeordneten Wimmer in einem Gespräch am 28. Januar 2007 bestätigt. Das afghanische Parlament, sagte er, laufe Sturm gegen die amerikanische Kriegsführung im Süden; bislang sei das jedoch ohne jede Auswirkung hinsichtlich der Schonung der Zivilbevölkerung geblieben.

Beweis: Vernehmung des Antragstellers zu 2.

Daraus folgt, daß die US-amerikanische Kriegsführung im Rahmen der OEF hinsichtlich der Art und Weise der Kriegsführung über den Rahmen der Ermächtigung hinausgeht, die sie von der Regierung Afghanistans erhalten hat. Sie ist auch aus diesem Grunde völkerrechtswidrig.

Die USA meinen offenbar, sich um die Proteste der afghanischen Regierung nicht kümmern zu müssen, weil sie ihren Krieg in Afghanistan aus eigenem Recht – nämlich auf der Basis des Selbstverteidigungsrechts – führen können. Dies ist aber unzutreffend. Die rechtliche Grundlage kann seit geraumer Zeit nur noch das Einverständnis der afghanischen Regierung sein. Deshalb ist sie auch dem Umfang und der Intensität nach durch dieses Einverständnis begrenzt. Die USA verletzen daher mit ihren die Zivilbevölkerung nicht schonenden Militäraktionen nicht nur das humanitäre Völkerrecht, sondern auch die Souveränität Afghanistans.

### **c) Die Gefahr einer fundamentalen Änderung des NATO-Vertrages**

Bei der im Abschnitt b) beschriebenen Praxis der USA handelt es sich nicht um einzelne oder vereinzelte Völkerrechtsverstöße, sondern um eine seit einigen Jahren andauernde ständige Praxis. Diese Praxis ist dadurch gekennzeichnet, daß die Regierung der USA für sich in An-

spruch nimmt, mit ihrem Verhalten rechtmäßig beziehungsweise legitim zu handeln. Sie ist überwölbt durch ein Gesamtkonzept, das auf die Änderung des bestehenden Völkerrechts gerichtet ist. Dieses Konzept ist in der National Security Strategy von 2002 besonders deutlich zum Ausdruck gebracht worden<sup>73</sup>.

aa) Inhaltsänderung des NATO-Vertrages durch Vertragspraxis bzw. durch Gewohnheitsrecht

Ein völkerrechtlicher Vertrag kann nicht nur durch förmliche Vertragsänderung geändert werden. Wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, ist eine Inhaltsänderung auch durch Fortentwicklung des Vertrages auf nichtförmlichem Wege möglich<sup>74</sup>. Eine solche Fortentwicklung kann etwa durch Beschlüsse des zuständigen Organs einer internationalen Organisation, aber auch stillschweigend erfolgen, nämlich durch eine Praxis der Anwendung des Vertrages oder auch durch ein außervertragliches Verhalten, aus welchem sich entnehmen läßt, wie die Vertragsstaaten die vertraglichen Pflichten verstehen. Mittel, mit denen die Inhaltsänderung bewirkt wird, können etwa sein: die authentische Interpretation des Vertrages durch die Vertragsparteien (Art. 31 Abs. 3 lit. a WKRV), die nach Abschluß des Vertrages erfolgende Übung bei der Anwendung des Vertrages, die *subsequent practice*, (Art. 31 Abs. 3 lit. b WKRV) oder die gewohnheitsrechtliche Derogation oder Abänderung vertraglicher Pflichten. Dabei besteht keine scharfe Abgrenzung zwischen gewohnheitsrechtlicher Abänderung und *subsequent practice*; letztere bleibt im Rahmen des Vertragswortlauts, erstere kann auch darüber hinausgehen. Voraussetzung ist in beiden Fällen eine Staatenpraxis, die erkennen läßt, daß der Vertrag entsprechend der Praxis ausgelegt werden soll. Da letzteres meist nicht ausdrücklich erklärt wird, ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Vertragsparteien zu erkennen geben oder wenn aus ihrem Verhalten geschlossen werden kann, daß sie diese Praxis für rechtmäßig halten.

Änderung völkerrechtlicher Verträge durch *subsequent practice* oder die Entstehung derogierenden oder abändernden Gewohnheitsrechts setzt nicht voraus, daß sämtliche Vertragsparteien sich an der entsprechenden Praxis beteiligen. Sie werden an die neuen Regeln auch dann gebunden, wenn sie nicht widersprechen.

Darüber hinaus kann die Praxis, die zu einer Vertragsänderung führt, auch in einem Unterlassen bestehen, nämlich dann, wenn das Schweigen der Vertragspartner zu einer vertragswidrigen Handlung eines anderen Vertragspartners als stillschweigende Zustimmung gewertet werden kann. Dies ist nach dem *estoppel*-Prinzip<sup>75</sup> bei der *acquiescence* – dem qualifizierten Stillschweigen – der Fall: Das Stillschweigen gegenüber einer vertragswidrigen Handlung muß der betreffende Staat sich als Akzeptanz dieser Handlung zurechnen lassen, wenn den Umständen nach ein Widerspruch zu erwarten gewesen wäre, sofern der betreffende Staat mit dem rechtswidrigen Verhalten nicht einverstanden wäre<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Dazu näher unten (1.1) sowie *Murswiek* (Fn. 27), S. 1018 f.

<sup>74</sup> *BVerfGE* 104, 151 (205 ff.).

<sup>75</sup> Dazu vgl. z.B. *Jörg Paul Müller*, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl. 2001, S. 9 f.; *ders. / Cottier*, *Estoppel*, *EPIL* II, 1995, S. 116-119; *Heintschel von Heinegg*, in: *Knut Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 18 Rn. 7.

<sup>76</sup> „Qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset“, vgl. z.B. *Heintschel von Heinegg* (Fn. 75), § 18 Rn. 14, § 15 Rn. 109, § 16 Rn. 21. Art. 45 WKRV ist Ausdruck dieses allgemeinen Prinzips. Zur *ac-*

(1) Die Auswirkung der Praxis der USA auf die unbestimmten Rechtsbegriffe von Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag

(1.1) Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der in Abschnitt b) dargestellten Praxis der USA nicht um vereinzelte Völkerrechtsverletzungen, sondern um eine ständige Praxis, die sich bewußt über das geltende Völkerrecht hinwegsetzt und dabei das Ziel verfolgt, diese Praxis zu geltendem Recht zu machen. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Regierung der USA ihr Verhalten als „legitim“ beziehungsweise als rechtmäßig darstellt und für sich in Anspruch nimmt, genau so handeln zu dürfen.

Im Hinblick auf die wichtigste und am weitesten reichende Überschreitung der Grenzen des geltenden Völkerrechts hat die US-Regierung im übrigen ausdrücklich und in einem besonders herausragenden Dokument – der Nationalen Sicherheitsstrategie von 2002 – ihre Konzeption dargelegt, in welcher Weise sie das Völkerrecht neu gestalten will: Sie nimmt dort im Widerspruch zum Gewohnheitsrecht und zur UN-Charta ein Recht zur Führung von Präventivkriegen in Anspruch<sup>77</sup>. Sie sieht den Widerspruch zum geltenden Völkerrecht und beruft sich dennoch auf das Recht zur Selbstverteidigung, obwohl dessen Voraussetzungen für *preemptive actions* im Sinne der National Security Strategy eindeutig nicht gegeben sind. Der Versuch, diesen Widerspruch aufzulösen, wird mit folgendem Satz formuliert: „Wir müssen das Konzept der unmittelbaren Bedrohung an die Fähigkeiten und Ziele der heutigen Gegner anpassen.“ Das Kriterium des *imminent threat*, der unmittelbaren Bedrohung, soll jetzt so verstanden werden, daß bei „Schurkenstaaten“ die bloße Möglichkeit, daß diese irgendwann einmal Massenvernichtungsmittel zum Einsatz bringen könnten, als unmittelbare Bedrohung gilt. Mit anderen Worten: Das Unmittelbarkeitskriterium wird abgeschafft, und eine Angriffsabsicht muß nicht mehr nachgewiesen werden<sup>78</sup>.

Diese Uminterpretation zielt auf Art. 51 UN-Charta. Nach dieser Vorschrift ist, wie oben dargelegt (C.I.2.a cc), Selbstverteidigung nur gegen einen gegenwärtigen und allenfalls auch gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff erlaubt. Die National Security Strategy will das Unmittelbarkeitskriterium so uminterpretieren, daß auch entfernte und sogar bloß hypothetische Gefährdungen das Selbstverteidigungsrecht auslösen.

Wenn die USA mit diesem Vorhaben Erfolg haben, wenn also eine allgemeine Praxis der Änderung der Anwendung von Art. 51 UN-Charta sich entwickelt, die der US-amerikanischen Auffassung entspricht, dann wird auf diese Weise – durch *subsequent practice* – Art. 51 UN-Charta ohne Änderung des Wortlauts einen völlig anderen Inhalt bekommen als bisher<sup>79</sup>.

Dies gilt ebenso für Art. 1 NATO-Vertrag. Denn wie gezeigt (oben C.I.2.a), gehört das allgemeine Gewaltverbot mit dem Inhalt, den es gemäß der UN-Charta hat, zu den Grundsätzen

---

*quiescence* z.B. auch *MacGibbon*, Customary International Law and Acquiescence, British Yearbook of International Law 33 (1957), S. 115 ff. – Zum Teil wird in der Literatur die *acquiescence* nicht als Unterfall des *estoppel*-Prinzips betrachtet, sondern als selbständiges Prinzip daneben gestellt, so z.B. *Heintschel von Heinegg*, ebd.

<sup>77</sup> Dazu ausführlich *Murswiek* (Fn. 27), S. 1018 f.

<sup>78</sup> NSS 2002 (FN. 34), S. 15.

<sup>79</sup> Vgl. *Murswiek* (Fn. 27), S. 1018.

des Art. 1 NATO-Vertrag. Indem die USA mit ihrer Praxis darauf hinsteuern, dem allgemeinen Gewaltverbot durch interpretative Ausweitung der Voraussetzungen der Selbstverteidigung einen anderen Inhalt zu geben, steuern sie zugleich darauf hin, Art. 1 NATO-Vertrag einen dementsprechend anderen Inhalt zu geben. Indem sie behaupten, zur „preemptiven Selbstverteidigung“ berechtigt zu sein, und indem sie entsprechend handeln, machen sie konkludent geltend, daß sie nicht nur in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen handeln, sondern auch in Übereinstimmung mit Art. 1 NATO-Vertrag.

Auf diese Weise haben die USA mit ihrem Verhalten einen Prozeß der stillschweigenden Änderung von Art. 1 NATO-Vertrag in Gang gebracht.

Die Auflösung des Angriffsbegriffs im „Krieg gegen den Terror“ (s.o. C.I.2.b ee) führt außerdem zu einer stillschweigenden Änderung von Art. 5 NATO-Vertrag. Dort wird der Bündnisfall mit einem bewaffneten Angriff gegen eine Vertragspartei definiert. Der Begriff „bewaffneter Angriff“ ist dem Art. 51 UN-Charta entliehen. Wenn jetzt dieser Begriff so umdefiniert wird, wie es oben beschrieben wurde, dann erhält damit auch Art. 5 NATO-Vertrag einen völlig anderen Inhalt.

Zur stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages kann es auch dann kommen, wenn die von den USA intendierte stillschweigende Änderung von Art. 51 UN-Charta daran scheitert, dass die meisten UNO-Mitglieder der US-amerikanischen Praxis widersprechen<sup>80</sup>. Wenn nämlich die NATO-Staaten der US-Praxis zustimmen, kommt es zu einem Wandel der Begriffe des NATO-Vertrages, der diesen Begriffen einen Inhalt gibt, der von den entsprechenden Begriffen der UN-Charta abweicht.

(1.2) Einem durch die Praxis der Vereinigten Staaten eingeleiteten und vorangetriebenen Wandel des NATO-Vertrages steht nicht entgegen, daß die USA mit ihrem oben dargestellten völkerrechtswidrigen Verhalten nicht im Rahmen der NATO gehandelt habe und daß die NATO selbst an diesem Verhalten nicht beteiligt sei. Ein Handeln im Rahmen von NATO-Einsätzen oder durch NATO-Organen ist im Hinblick auf eine Praxis der Anwendung von Art. 1 NATO-Vertrag nicht erforderlich. Denn Art. 1 NATO-Vertrag verpflichtet nicht nur die NATO, sondern er verpflichtet ausdrücklich auch jeden einzelnen Mitgliedstaat auf die Beachtung der in dieser Vorschrift genannten Grundsätze. Er ist damit Ausdruck des Umstandes, daß die NATO sich als Wertegemeinschaft versteht, die nicht nur in gemeinsamem Handeln den Grundsätzen der Präambel und des Art. 1 verpflichtet ist, sondern die sich aus Staaten zusammensetzt, die uneingeschränkt in ihrem ganzen Verhalten diese Grundsätze achten. Es wäre mit diesem Ansatz unvereinbar, einen Staat in die NATO aufzunehmen, der die fundamentalen Grundsätze des Völkerrechts, insbesondere das Gewaltverbot, nur innerhalb der NATO respektieren wollte, aber bei seinem Handeln außerhalb der NATO dazu nicht bereit ist.

Da jeder Verstoß jedes einzelnen Mitglieds gegen einen der in Art. 1 NATO-Vertrag genannten Grundsätze nicht nur gegen diesen Grundsatz als Grundsatz der UN-Charta oder als

---

<sup>80</sup> Von den Staaten, die sich vor dem Sicherheitsrat über die Frage der Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges geäußert haben, hat eine große Mehrheit diesen Krieg als völkerrechtswidrig bezeichnet, vgl. Press release SC/7705 v. 26.3.2003 und SC/7707 v. 27.3.2003.

Grundsatz des allgemeinen Völkergewohnheitsrechts verstößt, sondern zugleich auch gegen Art. 1 des NATO-Vertrages, ist eine mit diesen Grundsätzen unvereinbare Praxis eine *subsequent practice* auch in bezug auf diese Vorschrift und somit geeignet, einen Prozeß ihrer Änderung auszulösen. In bezug auf Art. 5 NATO-Vertrag gilt das gleiche.

(1.3) Welche Inhaltsänderungen durch die oben im Abschnitt b) dargestellte Praxis der USA in Gang gesetzt wurden, ergibt sich aus den Ausführungen, die in jenem Abschnitt über die Unvereinbarkeit des amerikanischen Verhaltens mit Art. 1 und Art. 5 NATO-Vertrag gemacht wurden. Der stillschweigende Vertragsänderungsprozeß erstreckt sich, zusammengefaßt, auf folgende Grundsätze, die – wie gezeigt – implizite Bestandteile von Art. 1 beziehungsweise 5 NATO-Vertrag sind:

- Das allgemeine Gewaltverbot wird dahingehend geändert, daß künftig auch Präventivkriege erlaubt sein sollen.
- Das allgemeine Gewaltverbot wird außerdem dahingehend geändert, daß Selbstverteidigung nicht mehr einen Angriff seitens eines bestimmten Staates voraussetzt, sondern auch gegen „den internationalen Terrorismus“ zulässig ist. Voraussetzung ist lediglich, daß einmal ein Terrorakt stattgefunden hat, der das Selbstverteidigungsrecht ausgelöst hat. Die „Selbstverteidigung“ ist dann erlaubt, solange es noch international operierende Terroristen gibt. Im Krieg gegen den Terror ist die Verletzung der Souveränität unbeteiligter Staaten – z.B. durch Entführungen und geheime Gefangenentransporte – erlaubt. Mit der Uminterpretation des Selbstverteidigungsrechts erhält neben Art. 1 auch Art. 5 des NATO-Vertrages eine andere Bedeutung.
- Die Grundsätze des humanitären Völkerrechts über den Schutz der Zivilbevölkerung werden dahingehend geändert, daß unterschiedlose Angriffe im Sinne von Art. 51 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 ZP I Genfer Abk. zulässig sein sollen und die Zivilbevölkerung nicht unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu schonen ist.
- Die Grundsätze des humanitären Völkerrechts und die Menschenrechte werden dahingehend geändert, daß Kriegsgefangene und als Terroristen verdächtige Gefangene zur Erzwingung von Aussagen gefoltert werden dürfen.
- Die Menschenrechte werden dahingehend geändert, daß als Terroristen oder als der Zusammenarbeit mit Terroristen verdächtige Gefangene
  - ohne Beachtung rechtsstaatlicher Mindeststandards gefangengehalten werden dürfen,
  - aus Drittstaaten entführt und in geheime Gefängnisse von Staaten verbracht werden dürfen, in denen ihnen Folter droht.

Es geht im folgenden nicht darum, ob diese Grundsätze als gewohnheitsrechtliche Grundsätze oder als Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen oder von Menschenrechtskonventionen aufgrund der US-Praxis von einer stillschweigenden Änderung bedroht sind. Da dem Anspruch der US-Regierung, rechtmäßig zu handeln, jedenfalls hinsichtlich der „preempti-

ven Selbstverteidigung“ im Fall des Irak-Kriegs viele Staaten widersprochen haben<sup>81</sup>, scheint insoweit keine akute Gefahr zu bestehen. Die Betrachtung bleibt daher auf die Auswirkungen dieser Praxis auf den NATO-Vertrag beschränkt. Es ist zu befürchten, daß der NATO-Vertrag sich in der oben beschriebenen Weise ändert, obwohl die UN-Charta und das allgemeine Völkergewohnheitsrecht unverändert bleiben, und daß somit die NATO sich in Widerspruch zu fundamentalen Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts setzt.

## (2) Aktive Beteiligung anderer NATO-Staaten beziehungsweise der NATO

An der hier relevanten völkerrechtswidrigen Praxis, die eine Änderung von Art. 1 NATO-Vertrag auszulösen droht, haben sich einige NATO-Staaten aktiv beteiligt. Dies gilt zumindest für den völkerrechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak im Jahre 2003. Diesen Krieg haben im Rahmen der „Koalition der Willigen“ nach Angaben des Weißen Hauses 49 Staaten unterstützt<sup>82</sup>, darunter außer den USA folgende NATO-Partner: Bulgarien, Dänemark, Estland, Ungarn, Island, Italien, Lettland, Litauen, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Spanien, Tschechien, Türkei, Vereinigtes Königreich<sup>83</sup>. Die große Mehrheit, nämlich 18 der insgesamt 26 NATO-Staaten war also an dem völkerrechtswidrigen Krieg gegen den Irak zumindest unterstützend beteiligt.

Die Aufweichung des Begriffs der Selbstverteidigung im „Krieg gegen den Terrorismus“ (oben C.I.2.b ee [4]) ist sogar offizielle NATO-Politik. Indem die NATO-Staaten auch heute noch den am 12.9. und am 2.10.2001 wegen der Terroranschläge vom 11. September 2001 beschlossenen Bündnisfall gemäß Art. 5 NATO-Vertrag als gegeben ansehen und der NATO-Rat diesen Bündnisfall immer noch nicht für beendet erklärt hat<sup>84</sup>, nimmt die NATO das Selbstverteidigungsrecht ohne zeitliche und räumliche Begrenzung und ohne daß es sich gegen den ursprünglichen Angreiferstaat richtet in Anspruch und unterstützt damit die mit der ursprünglichen Bedeutung von Art. 5 NATO-Vertrag sowie mit Art. 51 UN-Charta unvereinbare Position der USA.

## (3) Fehlender Widerspruch durch die übrigen NATO-Staaten

(3.1) Seitens der übrigen NATO-Staaten ist, mit einer Ausnahme, kein Widerspruch gegen den völkerrechtswidrigen Irak-Krieg bekannt geworden. Zwar haben einige wichtige NATO-Staaten, vor allem Deutschland und Frankreich, dem Krieg politisch widersprochen. Sie haben jedoch nicht die Rechtswidrigkeit dieses Krieges geltend gemacht. Soweit ersichtlich hat nur der französische Präsident öffentlich auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen<sup>85</sup>. In ihren Statements vor dem Sicherheitsrat haben sie diplomatische Zurückhaltung geübt und zur

---

<sup>81</sup> S.o. Fn. 80.

<sup>82</sup> Gemäß Stand vom 27.3.2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030327-10.html>.

<sup>83</sup> Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Rumänien und die Slowakei sind erst nach dem Irak-Krieg in die NATO aufgenommen worden.

<sup>84</sup> Vgl. die abgestimmte Erklärung des Auswärtigen Amtes, des Bundesministeriums der Verteidigung und des Bundesministeriums des Justiz (Fn. 70).

<sup>85</sup> Laut FAZ v. 2.3.2003.

Rechtmäßigkeit des Krieges nicht Stellung genommen<sup>86</sup>. Dieses Schweigen fällt umso mehr ins Gewicht, als die Mehrheit der Staaten, die nicht der „Koalition der Willigen“ angehörten, in ihren Stellungnahmen vor dem Sicherheitsrat die Völkerrechtswidrigkeit des Irak-Krieges hervorhoben<sup>87</sup>.

(3.2) Desgleichen ist nicht ersichtlich, daß die NATO-Staaten gegen die sonstige völkerrechtswidrige Praxis protestiert hätten. Nur die Behandlung der Gefangenen in Afghanistan, im Irak und in Guantanamo sowie die Praxis der *renditions* hat zu Protesten geführt. Nur insoweit erscheint es daher im Augenblick als ausgeschlossen, daß die amerikanische Praxis eine gewohnheitsrechtliche Änderung des NATO-Vertrages herbeiführt. Demgegenüber sind keine rechtlich begründeten Proteste bekanntgeworden gegen die die Zivilbevölkerung unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht in Mitleidenschaft ziehende Kriegsführung, gegen die Aufweichung des Angriffsbegriffs im „Krieg gegen den Terror“ und vor allem auch nicht gegen die Inanspruchnahme eines Rechts auf die Führung von Präventivkriegen durch die USA in ihrer National Security Strategy sowie in zahlreichen öffentlichen Äußerungen von Regierungsmitgliedern.

(3.3) Ein solcher Protest wäre aber notwendig, um eine Änderung von Art. 1 NATO-Vertrag im Wege der *subsequent practice* zu verhindern. Die USA sind die unumstrittene Führungsmacht der NATO. Ohne sie wäre die NATO nicht existent. Wenn diese Führungsmacht in massiver Weise gegen fundamentale Grundsätze des NATO-Vertrages verstößt und dabei auch noch für sich in Anspruch nimmt, legitim zu handeln, dürfen die übrigen Mitgliedstaaten dies nicht stillschweigend hinnehmen. Gerade in einem als Wertegemeinschaft konstituierten Verteidigungsbündnis ist es von essentieller Bedeutung, daß die Übereinstimmung in den Grundwerten gewahrt bleibt, auf deren Basis man sich gegenseitig Beistand leistet. Wenn daher die Führungsmacht behauptet, daß die zentrale Grundnorm des Völkerrechts der Vereinten Nationen – das Gewaltverbot – nun wesentlich anders zu verstehen sei als bisher, wäre es treuwidrig, wenn die Vertragsstaaten dies stumm zur Kenntnis nähmen, obwohl sie anderer Meinung wären. Sie müssen um der Identität des Bündnisses willen protestieren und alles versuchen, um die Führungsmacht zurück auf den Boden des Vertrages zu bringen. Unterlassen sie dies, dann werden sie sich entgegenhalten müssen, daß ihr Schweigen nicht anders denn als Zustimmung verstanden werden kann. Rechtlich begründeter Protest ist vor allem auch deshalb nötig, weil die USA sich nicht darauf beschränken, völkerrechtswidrig zu handeln, sondern auch noch behaupten, ihr Handeln sei legitim und das Völkerrecht müsse so ausgelegt werden, daß ihr Handeln durch das Recht gedeckt sei. Solche Erklärungen fordern eine Stellungnahme derjenigen Staaten, die mit ihnen nicht einverstanden sind, geradezu heraus.

---

<sup>86</sup> Vgl. die Stellungnahmen Norwegens vom 26.3.2003, Press Release SC/7705, sowie Kanadas, Sloveniens, Frankreichs und Deutschlands vom 27.3.2003, Press Release SC/7707. Frankreich hat rechtliche Kritik am Irak-Krieg in seiner Stellungnahme mittelbar angedeutet, aber nicht klar ausgesprochen. Belgien, Griechenland und Luxemburg haben keine Stellungnahme abgegeben.

<sup>87</sup> Und sämtliche nicht der „Koalition der Willigen“ angehörenden Staaten, die sich überhaupt zur Frage der Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges äußerten, vertraten die Auffassung, daß der Krieg völkerrechtswidrig war, vgl. Press Release SC/7705 und SC 7707.

#### bb) Die Fundamentalität der im Gange befindlichen Änderung

Bei den Änderungen von Art. 1 und 5 des NATO-Vertrages, die durch die US-amerikanische Praxis in Gang gesetzt worden sind, handelt es sich um Normen und Grundsätze von fundamentaler Bedeutung. Sie überschreiten das Integrationsprogramm des Vertrages und führen zu einer Änderung der Identität des Bündnisses. Das wurde oben in den Abschnitten C.I.2. a und b bereits dargelegt.

#### cc) Die Unabgeschlossenheit des Wandlungsprozesses

Der mit der National Security Strategy von 2002 eingeleitete Prozeß der stillschweigenden Abänderung des NATO-Vertrages ist noch nicht abgeschlossen. Im Hinblick darauf, daß viele NATO-Staaten den völkerrechtswidrigen Irak-Krieg unterstützt haben und daß im übrigen rechtlich begründete Proteste gegen das völkerrechtswidrige Verhalten der USA ausgeblieben sind und daß dieses Verhalten nunmehr seit einigen Jahren andauert und durch eine immer wieder erneuerte Inanspruchnahme der Legitimität dieses Verhaltens verstärkt wird, ist der Prozeß der Fortentwicklung des Vertrages jedenfalls weit fortgeschritten. Es ist daher dringend notwendig, daß die Vertragsstaaten jetzt tätig werden, um diesen Prozeß zu stoppen, wenn sie ihn denn stoppen wollen.

### **3. Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Fortentwicklung des NATO-Vertrages *ultra vires***

An diesem Prozeß der über das Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes hinausgehenden Abänderung von Art. 1 und 5 NATO-Vertrag hat die Bundesregierung sich durch Handeln und Unterlassen beteiligt. Diese fortwährende Mitwirkung dauert immer noch an.

#### **a) Mitwirkung durch Unterlassen**

##### aa) Das Unterlassen völkerrechtlichen Protests

Die Bundesregierung hat gegenüber den USA weder gegen die völkerrechtswidrige Inanspruchnahme eines Rechts auf „präventive Selbstverteidigung“ im Sinne der „Bush-Doktrin“ protestiert noch die Völkerrechtswidrigkeit des Irak-Krieges geltend gemacht. Es ist auch nicht bekannt, daß sie der völkerrechtswidrigen Kriegsführung, welche sich unterschiedslos auch gegen die Zivilbevölkerung richtet und unverhältnismäßig hohe „Kollateralschäden“ unter der Zivilbevölkerung in Kauf nimmt, widersprochen hätte. Ebenso wenig ist sie der Aufweichung des Angriffsbegriffs im „Krieg gegen den Terror“ entgegengetreten.

Die Bundesregierung hat ihre Untätigkeit noch kürzlich verteidigt. Auf die Frage des Antragstellers zu 1., des Abgeordneten Dr. Gauweiler, ob die Bundesregierung gegenüber den kriegführenden Staaten, gegenüber der UNO oder gegenüber der Öffentlichkeit zum Ausdruck gebracht hat, daß nach ihrer Auffassung der Irak-Krieg völkerrechtswidrig war, hat sie – durch den Staatssekretär des Auswärtigen Amtes *Boomgaarden* – geantwortet:

„Nein. Die Bundesregierung hat – unabhängig von ihrer klaren Position zum Irakkrieg - darauf hingewiesen, daß die Frage, ob die USA und die anderen an den militärischen Operatio-

nen gegen den Irak beteiligten Staaten das Völkerrecht verletzt haben, von Völkerrechtlern unterschiedlich beurteilt wird.“<sup>88</sup>

In einer früheren Stellungnahme hatte sie hinzugefügt: „Zu den entsprechenden Diskussionen in der Rechtswissenschaft nimmt die Bundesregierung nicht Stellung.“<sup>89</sup>

Mit diesen Stellungnahmen verkennt die Bundesregierung, daß es nicht darum geht, an einer rechtswissenschaftlichen Diskussion teilzunehmen, sondern der gewohnheitsrechtlichen Änderung eines fundamentalen Völkerrechtssatzes entgegenzutreten beziehungsweise einer *subsequent practice* zu widersprechen, die geeignet ist, zu einer Änderung des Inhalts der UN-Charta und des NATO-Vertrages zu führen. Indem sie erklärt, daß die Frage umstritten sei, nimmt sie darüber hinaus sogar de facto Partei für die Rechtsposition der USA. Denn in der Rechtswissenschaft wird nur vereinzelt die Meinung vertreten, daß der Irak-Krieg gerechtfertigt sei, während die ganz überwältigende Mehrheit der Völkerrechtler diesen Krieg als völkerrechtswidrig einstuft. Und indem sie den Eindruck erweckt, als sei der Streit zwischen den Völkerrechtlern offen, nimmt sie zu diesem Streit eben doch Stellung, nämlich in der Weise, daß sie die fadenscheinigen Argumente der wenigen Kriegs-Rechtfertiger dasselbe Gewicht einräumt wie den geradezu zwingenden Argumenten derjenigen, die diesen Krieg nicht für rechtfertigungsfähig halten.

Mit dem Unterlassen des Protests trägt sie dazu bei, daß der Inhalt des NATO-Vertrages sich ändert und daß Deutschland an den geänderten Inhalt völkerrechtlich gebunden sein wird.

Die Bundesregierung ignoriert auch, daß es sich beim Irak-Krieg nicht um einen Völkerrechtsverstoß handelt, der unter NATO-Partnern sozusagen „schon mal vorkommen“ könnte, weil man sich über die richtige Auslegung von Rechtsbegriffen irren kann. Sie ignoriert, daß diesem Krieg die National Security Strategy der USA als Konzept zugrunde liegt, mit der die USA sich offen gegen das geltende Völkerrecht stellen, mit dem Ziel, es in ihrem Sinne zu ändern.

Dieses Ignorieren wird besonders deutlich in der Antwort, welche die Bundesregierung – durch den Staatssekretär des Auswärtigen Amtes *Boongarden* – auf folgende Frage des Antragstellers zu 2., des Abgeordneten Wimmer, gegeben hat<sup>90</sup>:

„Teilt die Bundesregierung die Auffassung, daß die National Security Strategy der USA vom September 2002 insoweit mit geltendem Völkerrecht unvereinbar ist, als die USA für sich das Recht in Anspruch nehmen, unter den in der National Security Strategy genannten Voraussetzungen ohne Mandat der Vereinten Nationen Präventivkriege (preemptive actions) zu führen, und wenn nein, aus welchen Gründen?“

Antwort:

---

<sup>88</sup> Schreiben an den Abg. Dr. Gauweiler vom 22.2.2007 (Kopie anbei), m. Hinw. auf die Antwort des Staatsministers Bury vom 9.5.2003, BT-Drs. 15/988, ebenfalls auf Frage des Abg. Dr. Gauweiler.

<sup>89</sup> BT-Drs. 15/988, S. 2.

<sup>90</sup> Schreiben an den Abg. Wimmer vom 22.2.2007 (Kopie anbei).

„Die Nationale Sicherheitsstrategie der USA von 2002 und das Nachfolgedokument von 2006 sehen unter Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht der Staaten die Möglichkeit präventiver Maßnahmen vor, soweit solche Maßnahmen zur Abwehr einer unmittelbaren Gefahr für die Sicherheit der USA notwendig sein sollten. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein könnte, wird nicht im Einzelnen ausgeführt. Die Nationale Sicherheitsstrategie von 2006 bringt jedoch eine starke Präferenz für diplomatische Mittel zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit der USA zum Ausdruck.

Die Befugnis des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, nach Kapitel VII der Charta Zwangsmaßnahmen zu beschließen, läßt das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung unberührt, wie Artikel 51 der VN-Charta ausdrücklich feststellt. Abwehrmaßnahmen können auch gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff ergriffen werden, wenn die Bedrohung durch diesen Angriff unmittelbar und überwältigend ist, so daß dem sich verteidigenden Staat keine andere Wahl der Mittel und keine Zeit für weitere Überlegungen bleibt.“

Zwar gibt der zweite Absatz der Antwort für sich genommen die Rechtslage zutreffend wieder. Vor dem Hintergrund des ersten Absatzes bestätigt er aber exakt die Rechtsposition der USA: *preemptive actions* im Sinne der National Security Strategy werden vom Auswärtigen Amt als Selbstverteidigungsmaßnahmen im Sinne von Art. 51 UN-Charta eingestuft. Die Umwertung der Grundbegriffe, welche die National Security Strategy vornimmt, wird vom Auswärtigen Amt auf diese Weise nachvollzogen. Der Staatssekretär setzt ausdrücklich eine „unmittelbare Gefahr für die Sicherheit“ mit einem „unmittelbar bevorstehenden Angriff“ im Sinne von Art. 51 UN-Charta gleich und vermengt schon auf diese Weise Gefahrenabwehr mit Selbstverteidigung. Doch das nur nebenbei. Entscheidend ist, daß die National Security Strategy 2002 ausdrücklich das Konzept der „unmittelbaren Bedrohung“ – des „imminent threat“ – umdefiniert und darunter auch fernliegende und bloß hypothetische Bedrohungen faßt, sofern sie von „Schurkenstaaten“ ausgehen. Die National Security Strategy 2006 hat daran nichts geändert<sup>91</sup>. Zwar bringt diese eine „Präferenz für diplomatische Mittel“ zum Ausdruck, läßt aber keinen Zweifel daran, daß die USA auch weiterhin das Recht zu unilateralen preemptiven Militärschlägen in Anspruch nehmen, wenn die diplomatischen Mittel nicht zum Erfolg führen.

Indem das Auswärtige Amt gegenüber dem Parlament erklärt, die National Security Strategy der USA entspreche dem Völkerrecht und sei mit Art. 51 UN-Charta vereinbar, weigert es sich nicht nur explizit, der völkerrechtswidrigen Strategie der NATO-Führungsmacht entgegenzuwirken und alles zu unternehmen, um die USA wieder auf den Boden des NATO-Vertrages zurückzubringen<sup>92</sup>, sondern nimmt sogar durch aktives Handeln an der Legitimierung dieser Strategie teil. Denn auch die Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage ist ein Stück Staatenpraxis, das zur Änderung einer völkerrechtlichen Regel beitragen kann.

---

<sup>91</sup> Siehe im einzelnen oben C.I.2.b aa.

<sup>92</sup> Die Frage, ob die Bundesregierung ihren NATO-Partner USA dazu angehalten hat, seine Strategie wieder in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zu bringen, hat das Auswärtige Amt implizit verneint, indem es die oben zitierte Antwort auch auf die Beantwortung dieser Frage erstreckt hat, s. das in Fn. 90 zitierte Schreiben.

## bb) Die Pflicht zum Handeln

Völkerrechtlich ist die Bundesregierung dazu verpflichtet, zur Wahrung der identitätsbestimmenden Grundsätze des NATO-Vertrages tätig zu werden. Für ein als Wertegemeinschaft konzipiertes Verteidigungsbündnis ist es essentiell, daß alle Mitgliedstaaten auf dem Boden der Grundwerte des Bündnisses bleiben. Wenn ein Staat – und zumal die Führungsmacht des Bündnisses – sich anschickt, die Grundwerte zu verändern, dann darf dies von den andern Mitgliedstaaten nicht hingenommen werden, weil damit das Bündnis seine Basis verliert.

Verfassungsrechtlich ergibt sich eine Pflicht der Bundesregierung zum Handeln daraus, daß sie gegenüber dem Parlament dafür verantwortlich ist, daß die informelle Fortentwicklung des Vertrages innerhalb des durch das Zustimmungsgesetz und sein Integrationsprogramm gesetzten Rahmens bleibt. Wenn es nun aber völkerrechtlich möglich ist, daß die Fortentwicklung des Vertragsinhalts nicht nur durch aktives Handeln aller Vertragsstaaten – etwa im Rahmen von Beschlüssen des NATO-Rates – stattfindet, sondern auch dadurch, daß ein Vertragsstaat oder einige Vertragsstaaten handeln und die anderen dem zustimmen oder die Praxis stillschweigend billigen und weitere Vertragsstaaten nicht widersprechen, dann besteht gegenüber dem Bundestag eine Pflicht zum Handeln, eine Pflicht nämlich dazu, einen Änderungsprozeß durch völkerrechtlichen Protest zu unterbinden, der darauf hinausläuft, daß unter Überschreitung des vom Zustimmungsgesetz gesetzten Rahmens der Vertragsinhalt geändert wird.

Dies muß erst recht dann gelten, wenn – wie hier – die Untätigkeit nach dem Grundsatz der *acquiescence* wie eine ausdrückliche Zustimmung zu werten ist. In diesem Fall ist die Untätigkeit ohnehin einem aktiven Tun gleichzusetzen, da sie rechtlich dieselbe Wirkung hat.

## b) Mitwirkung durch Handeln

Die Bundesregierung hat an dem Prozeß der Abänderung fundamentaler Grundsätze des NATO-Vertrages auch durch aktives Handeln mitgewirkt.

Davon abgesehen, daß qualifiziertes Stillschweigen (*acquiescence*) rechtlich dem aktiven Handeln gleichsteht, wurde oben (a) bereits darauf hingewiesen, daß das Auswärtige Amt mit seiner Rechtfertigung der National Security Strategy im Rahmen der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage über ein Unterlassen hinausgegangen ist und durch aktives Tun die mit dieser Strategie beabsichtigte Völkerrechtsänderung unterstützt.

Darüber hinaus konnten die im folgenden (aa – cc) dargestellten aktiven Beiträge der Bundesregierung zu der oben beschriebenen stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages durch *subsequent practice* festgestellt werden.

### aa) Unterstützung des völkerrechtswidrigen Irak-Krieges

Die Bundesregierung hat den völkerrechtswidrigen Irak-Krieg zwar politisch abgelehnt, aber dennoch unterstützt. Sie hat zumindest folgende Unterstützungshandlungen vorgenommen:

- Gewährung von Überflugrechten für Flugzeuge der USA und des Vereinigten Königreichs für den Luftraum über dem deutschen Hoheitsgebiet für Zwecke des Irak-Krieges

- Ermöglichung der Nutzung der in Deutschland befindlichen Einrichtungen dieser Staaten für Zwecke des Irak-Krieges
- Schutz der genannten Einrichtungen durch deutsche Soldaten

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Unterstützungshandlungen festgestellt und zutreffend und sehr ausführlich die Völkerrechtswidrigkeit dieser Handlungen dargelegt<sup>93</sup>. Auf diese Darlegungen wird verwiesen. Lediglich im letztgenannten Punkt (Schutz der Einrichtungen) hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage der Völkerrechtswidrigkeit offen gelassen, weil nicht feststand, ob durch diese Maßnahme US-Verbände freigesetzt wurden, die ins Kampfgebiet geschickt werden konnten.

Mit ihrer aktiven Unterstützung des Krieges hat die Bundesregierung die Rechtmäßigkeit des amerikanischen und britischen Vorgehens implizit anerkannt und somit ein Stück Staatenpraxis dafür geliefert hat, daß das Völkerrecht im Sinne der amerikanischen Präventivkriegsstrategie geändert wird.

#### bb) Mitwirkung an der Auflösung des völkerrechtlichen Angriffsbegriffs

Die Bundesregierung erklärt immer noch, daß die *Operation Enduring Freedom* nach wie vor durch das Selbstverteidigungsrecht gerechtfertigt sei (oben C.I.2.b ee [4]). Damit nimmt sie aktiv an der Auflösung des völkerrechtlichen Angriffsbegriffs und somit an der Änderung von Art. 1 und 5 NATO-Vertrag teil.

#### cc) Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan

Mit dem Beschluß, Tornado-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan zu entsenden<sup>94</sup>, unterstützt die Bundesregierung die völkerrechtswidrigen Operationen des US-Militärs im Rahmen der *Operation Enduring Freedom* (OEF).

Dazu ist folgendes zu sagen: Die Tornado-Aufklärungsflugzeuge werden von der Bundeswehr im Rahmen des vom UN-Sicherheitsrat mandatierten und unter der Führung der NATO stehenden Einsatzes der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe (ISAF) eingesetzt. Sie liefern ihre Aufklärungsergebnisse (Bildmaterial) an den US-amerikanischen ISAF-Kommandeur. Dessen ebenfalls von den USA gestellter Stellvertreter ist zugleich für die US-Kräfte in der OEF zuständig („Doppelhut-Funktion“). Auf diese Weise sind ISAF und OEF verzahnt. Die Bilder stehen damit nicht nur ISAF, sondern ebenso auch OEF zur Verfügung. In der Begründung der Bundesregierung zum Antrag auf Zustimmung des Bundestages zu dem Tornado-Einsatz heißt es zwar, der ISAF-Operationsplan sehe eine restriktive Übermittlung von Aufklärungsergebnissen an OEF vor. Die Übermittlung erfolge nur, wenn dies zur erfolgreichen Durchführung der ISAF-Operation oder für die Sicherheit von ISAF-Kräften erforderlich ist<sup>95</sup>. Es ist jedoch praktisch unmöglich, diese Unterscheidung vorzunehmen, und

---

<sup>93</sup> *BVerwG*, 21.6.2005 – 2 WD 12/04, *NJW* 2006, 77 (95 f., 99).

<sup>94</sup> Antrag der Bundesregierung vom 8.2.2007, BT-Drs. 16/4298.

<sup>95</sup> BT-Drs. 16/4298, S. 3.

die Bundesregierung hat auch nicht gezeigt, wie sie sicherstellen kann, daß Tornado-Bilder nicht für sonstige OEF-Zwecke verwendet werden. Auf die Frage der Antragsteller, auf welche Weise sichergestellt ist, daß die von den Tornados aufgenommenen Bilder nicht zu anderen Zwecken im Rahmen der OEF Verwendung finden als zu den in der Antragsbegründung genannten Zwecken<sup>96</sup>, hat der Bundesminister der Verteidigung *Dr. Jung* ausweichend geantwortet: Er hat nur wiederholt, was in der Antragsbegründung schon steht und Gründe genannt, aus denen er die Weitergabe der Bilder an OEF für völkerrechtlich legitim hält, jedoch nichts darüber gesagt, in welcher Weise praktisch wirksam verhindert wird, daß das Bildmaterial im Rahmen völkerrechtswidriger Einsätze der OEF Verwendung findet. Er hat zugleich betont, daß die gegenseitige Unterstützung von OEF und ISAF selbstverständlich sei. Jede andere Regelung wäre seiner Auffassung nach „zudem militärisch sachwidrig, lebensfremd und würde der Fürsorgepflicht für unsere bei ISAF eingesetzten Soldatinnen und Soldaten nicht gerecht<sup>97</sup>.

In der Tat ist es lebensfremd, die Beschränkung der Verwendung des Bildmaterials für Einsatzzwecke der ISAF für realistisch zu halten. Noch lebensfremder ist es jedoch, das Bildmaterial auch OEF zur Verfügung zu stellen und dies mit einer Beschränkung der Verwendungszwecke auf Seiten von OEF zu verbinden. Für alle Sachkenner ist es völlig klar, daß OEF die ihr zur Verfügung stehenden Bilder für alle ihre Zwecke verwenden wird. Es ist lebensfremd anzunehmen, daß die amerikanischen Militärs ihnen bekannte Aufklärungsergebnisse bei ihren Einsätzen im Rahmen von OEF ignorieren werden. Alles, was an Bildmaterial beim ISAF-Oberkommando eingeht, wird aber zugleich OEF bekannt, denn – wie gesagt – der stellvertretende ISAF-Oberkommandierende zugleich für die amerikanischen OEF-Streitkräfte zuständig. Und der Kommandierende General der Combined Forces Command-Afghanistan Lt. General Karl Eikenberry lehnt „künstliche Barrieren“ des Austausches von Informationen und Aufklärungsergebnissen zwischen ISAF und OEF entschieden ab; der Versuch, solche „künstlichen Barrieren“ zu errichten, wäre nach seiner Ansicht „unverantwortlich“<sup>98</sup>.

Die Erklärung der Bundesregierung über „Restriktionen“ bei der Übermittlung von Aufklärungsergebnissen der Tornados widerspricht der von der Regierung im Parlament selbst eingeräumten militärischen Realität.

Die „Fürsorgepflicht für die deutschen Soldatinnen und Soldaten“ hätte daher geboten, den Tornado-Einsatz zu unterlassen. Denn nur so ließe es sich vermeiden, daß deutsche Soldaten in die völkerrechtswidrigen Aktionen der US-Streitkräfte im Rahmen von OEF hineingezogen werden. Genau dies aber scheint der Zweck zu sein, weshalb überhaupt die Tornados von der NATO angefordert wurden: Die deutschen Verbündeten, die bisher abseits der Kampfschauplätze für Sicherheit sorgten und Aufbauhilfe leisteten, sollen in die Kämpfe einbezogen werden, die nach den Regeln ablaufen, die von den Amerikanern bestimmt werden. Wenn der

---

<sup>96</sup> Brief vom 26.2.2007 (Kopie anbei).

<sup>97</sup> Brief an die Antragsteller vom 27.2.2007 (Kopie anbei).

<sup>98</sup> Äußerungen auf einer Pressekonferenz in Berlin am 30.1.2007, [http://www.usembassy.de/germany/afghanistan\\_transcript.html](http://www.usembassy.de/germany/afghanistan_transcript.html) (6.3.2007).

Verteidigungsminister zu den völkerrechtlichen Bedenken der Antragsteller bemerkt, es bestehe seiner Ansicht nach „keinerlei Anlaß, in Frage zu stellen, daß die eingesetzten deutschen Soldatinnen und Soldaten die ihnen durch den Operationsplan gemachten Vorgaben sowie ihre Bindung an Völkerrecht und erteilte Befehle einhalten“<sup>99</sup>, dann ist das eine Polemik gegen die Antragsteller, die an der Sachproblematik völlig vorbeigeht. Denn die Frage ist nicht, ob die deutschen Soldatinnen und Soldaten gewillt sind, das Völkerrecht zu beachten und Befehle einzuhalten, sondern die Frage ist, ob die konkreten Einsatzbedingungen dazu führen, daß sie – ohne dies zu wollen – die US-Streitkräfte bei ihrer völkerrechtswidrigen Kriegsführung unterstützen. Diese Frage aber muß im Hinblick darauf bejaht werden, daß die Tornado-Bilder, über deren weitere Verwendung nicht deutsche Soldaten, sondern das amerikanische Oberkommando entscheidet, auch der OEF zur Verfügung stehen.

Da also die Tornado-Aufklärungsergebnisse dem US-Militär auch im Rahmen von OEF zur Verfügung stehen, unterstützt Deutschland auf diese Weise Militäroperationen, die aus den oben (C.I.2.b cc, ee) genannten Gründen völkerrechtswidrig sind.

Auch auf diese Weise wird die Praxis der USA, die zu einer Änderung des NATO-Vertrages zu führen droht, von der Bundesregierung durch aktives Tun unterstützt.

### **c) Die Notwendigkeit, den Bedeutungswandel des Vertrages jetzt zu stoppen**

Die Bundesregierung hätte längst handeln müssen, um den von den USA in Gang gesetzten Prozeß der stillschweigenden Änderung fundamentaler Bestimmungen des NATO-Vertrages zu stoppen. Sie war dazu schon aufgerufen, als der US-Präsident seine „Bush-Doktrin“ verkündete. Sie hätte handeln müssen, als er diese Doktrin mit dem völkerrechtswidrigen Angriff auf den Irak in die Praxis umsetzte. Nachdem aber nun die Bundesregierung den Antragstellern gegenüber in Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage förmlich erklärt hat, daß sie die „Bush-Doktrin“ für völkerrechtsgemäß und für mit Art. 51 UN-Charta vereinbar hält<sup>100</sup>, ist es höchste Zeit, daß sie gerichtlich in die Schranken verwiesen wird. Denn nachdem jahrelang die NATO-Staaten sich nicht gegen die amerikanische Doktrin und ihre praktische Anwendung gewehrt haben, droht jetzt durch aktive Mitwirkung der Bundesregierung der mit der National Security Strategy in die Wege geleitete Völkerrechtswandel verfestigt zu werden.

Die Entscheidung der Bundesregierung, die Tornado-Aufklärungsflugzeuge nach Afghanistan zu schicken, ist eine neue Grenzüberschreitung. Sie ist eine neue und nun nicht mehr hinnehmbare Mitwirkung an einer Fortentwicklung des NATO-Vertrages, die den durch das Zustimmungsgesetz gezogenen Rahmen überschreitet.

Da der Wandel zentraler Rechtsbegriffe des NATO-Vertrages durch die sich verfestigende Staatenpraxis jetzt rechtlich verbindlich zu werden droht, ist das Mitwirkungsrecht des Bundes an der auswärtigen Gewalt gemäß Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 GG in höchstem Maße gefährdet wenn nicht bereits verletzt. Denn die zu befürchtende Rechtsänderung wäre –

---

<sup>99</sup> S. Fn. 97.

<sup>100</sup> S.o. C.I.3.a) aa).

abgesehen von der Frage, ob sie im Hinblick auf völkerrechtliches *ius cogens* überhaupt zulässig wäre – nur nach Änderung des NATO-Vertrages im Wege des förmlichen Vertragsänderungsverfahrens auf der Basis eines Zustimmungsgesetzes und nach entsprechender Änderung der UN-Charta sowie nach Änderung von Art. 24 und 25 GG verfassungsrechtlich zulässig.

#### 4. Ergebnis

Die Bundesregierung handelt durch ihre Mitwirkung an dem von den USA in Gang gesetzten Prozeß der stillschweigenden Änderung von Art. 1 und Art. 5 des NATO-Vertrages *ultra vires* und verstößt so gegen Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 GG. Sie verletzt dadurch die Rechte des Bundestages aus diesen Bestimmungen; zumindest gefährdet sie diese Rechte unmittelbar. Antrag Nr. 1 ist somit unter dem Aspekt der Verletzung der Rechte des Bundestages begründet.

## II. Verletzung der Rechte der Antragsteller durch die Bundesregierung

Durch ihre Mitwirkung an einer die Grenzen des Zustimmungsgesetzes überschreitenden stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages verletzt die Bundesregierung nicht nur die Rechte des Bundestages, sondern auch die Rechte der Antragsteller als Bundestagsabgeordnete.

Mit ihrer Vorgehensweise bewirkt die Bundesregierung eine Änderung des NATO-Vertrages, die sie nur durch eine förmliche Änderung des Vertrages auf der Basis eines entsprechenden Zustimmungsgesetzes bewirken dürfte. Es handelt sich also nicht um eine bloße Fortentwicklung des Vertrages im Rahmen des vom Zustimmungsgesetz gedeckten Integrationsprogramms.

Die Änderung des Vertrages ohne Vertragsgesetz führt dazu, daß die Mitwirkungsrechte des einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG in verfassungswidriger Weise verkürzt werden. Denn im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bezüglich eines Zustimmungsgesetzes zur Änderung des NATO-Vertrages hat der einzelne Abgeordnete wesentlich bessere Möglichkeiten, seine Verantwortung gegenüber den Wählern zur Geltung zu bringen und auf die Gestaltung der Außenpolitik Einfluß zu nehmen als in bezug auf eine Vielzahl von Einzelakten, mit welchen die Regierung an der allmählichen stillschweigenden Änderung des Vertrages mitwirkt. Vor allem in bezug auf ein Unterlassen – sei es ein „einfaches“ oder ein „qualifiziertes“ Stillschweigen gegenüber völkervertragswidrigem Handeln des NATO-Führungsmacht – sind die Möglichkeiten der Einflußnahme sehr viel geringer als sie im Gesetzgebungsverfahren sind. Denn im Gesetzgebungsverfahren ist die Regierung auf die Zustimmung des Bundestages angewiesen, so daß dort auch die Einflußnahme des einzelnen Abgeordneten von entscheidender Bedeutung sein kann. Im Hinblick auf das völkerrechtliche Folgen auslösende Stillschweigen der Regierung oder im Hinblick auf aktives Handeln, das nicht der Zustimmung des Parlaments bedarf, hat der Abgeordnete mit seinen Versuchen, die Regierung zu beeinflussen, von vornherein sehr viel geringere Chancen als dort, wo es auf die Zustim-

mung des Parlaments ankommt. Indem die Regierung den Weg der stillschweigenden Änderung des Vertrages unter objektivem Verstoß gegen das Zustimmungsgesetz und die sich aus ihm ergebenden Grenzen des für die Fortentwicklung des Vertrages darin enthaltenen Integrationsprogramms wählt und so auch gegen Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 GG verstößt, schmälert sie zugleich die sich aus Art. 38 Abs. 1 GG ergebenden Mitwirkungsrechte des einzelnen Abgeordneten. Die Umgehung des vom Grundgesetz für die Erreichung des objektiv angestrebten Ergebnisses – der Änderung des Vertrages – vorgeschriebenen Verfahren impliziert logisch notwendig, daß dem Abgeordneten die Rechte, die ihm in diesem vom Grundgesetz vorgegebenen Verfahren zustehen, vorenthalten werden.

Diese Rechtsverkürzung wird noch dadurch wesentlich verstärkt, daß die Vertragsänderung, auf die der in Gang gesetzte Bedeutungswandel des NATO-Vertrages hinausläuft, eine Änderung des Grundgesetzes zur Voraussetzung hätte. Denn die hier in Rede stehende Änderung des NATO-Vertrages würde im Hinblick auf die ihre Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Gewaltverbot von Art. 24 GG nicht mehr gedeckt sein und eine Änderung dieser Bestimmung ebenso voraussetzen wie eine Änderung von Art. 25 und 26 GG (dazu bereits oben C.I.2.a aa, bb, außerdem b cc [6]). Würde der verfassungsrechtlich vorgegebene Weg eingeschlagen, dann hätte der einzelne Abgeordnete noch wesentlich größere Chancen, sich durchzusetzen, weil es dann ausreichen würde, daß er eine Sperrminorität von seiner Auffassung überzeugte.

Freilich hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 12.7.1994 argumentiert, wenn Abgeordnete geltend machten, Entscheidungen der Bundesregierung, die nach Auffassung dieser Abgeordneten nur nach einer Änderung des Grundgesetzes zulässig wären, verletzen ihre Mitwirkungsrechte, dann sei mit dieser Argumentation eine Verletzung der Rechte aus Art. 38 Abs. 1 GG nicht dargetan. Denn das Recht auf Mitwirkung an der Arbeit des Bundestages begründe ein unmittelbares Rechtsverhältnis nur zwischen dem einzelnen Abgeordneten und dem Bundestag, nicht zwischen dem Abgeordneten und der Bundesregierung<sup>101</sup>.

Dieses Argument geht aber deshalb fehl, weil Rechte nicht nur innerhalb eines institutionell dauerhaften Rechtsverhältnisses verletzt werden können. Auch mittelbare Rechtsbeeinträchtigungen sind Rechtsbeeinträchtigungen. Wenn die Bundesregierung die Abgeordneten mittelbar daran hindert, ihre Rechte wahrzunehmen, indem sie unmittelbar das Mitwirkungsrecht des Bundestages verletzt, dann ist das Ergebnis dennoch eine Verletzung der Rechte der einzelnen Abgeordneten.

Im übrigen trifft die Ansicht nicht zu, daß nur zwischen Regierung und Parlament ein unmittelbares Rechtsverhältnis besteht. Jeder einzelne Abgeordnete hat sich gegenüber dem Volk zu verantworten. Jeder einzelne Abgeordnete hat eine Kontrollfunktion gegenüber der Regierung. Diese Kontrollfunktion äußert sich zum Beispiel in dem Fragerecht des Abgeordneten. Dieses ist – wie die Kontrollfunktion insgesamt – ein unmittelbar dem einzelnen Abgeordneten gegenüber der Regierung zustehendes Recht<sup>102</sup>. Und diese Kontrollfunktion kann er nur wahrnehmen, wenn die Bundesregierung im Falle der Änderung eines völkerrechtlichen Ver-

---

<sup>101</sup> BVerfGE 90, 286 (342 f.).

<sup>102</sup> Vgl. z.B. Christoph Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. 2006, Rn. 631 m.w.N.

trages, die über das im Zustimmungsgesetz festgelegte Integrationsprogramm hinausgeht, eine förmliche Vertragsänderung vornimmt und ein entsprechendes Zustimmungsgesetz vorlegt. Denn die schrittweise Einleitung eines Abänderungsprozesses wird naturgemäß den meisten Abgeordneten als solche überhaupt nicht bewußt. Sie läßt sich nicht effektiv kontrollieren, weil sie sich aus vielen Einzelschritten zusammensetzt, die sich in ihrer Tragweite von einem Abgeordneten, der auf den Gesamtprozeß nicht aufmerksam gemacht wird, gar nicht erkennen lassen. Dies gilt in ganz besonderem Maße für die *acquiescence* sowie auch für die „einfache“ Unterlassung von Protest gegen die gewohnheitsrechtliche Abänderung eines völkerrechtlichen Vertrages.

Indem also die Bundesregierung die Änderung des NATO-Vertrages am Bundestag vorbei auf stillschweigende Weise betreibt, statt sich der Entscheidung und der Kontrolle durch das Parlament zu stellen, enthält sie zugleich dem einzelnen Abgeordneten die Informationen vor, die dieser nach den objektiven Regeln des Grundgesetzes erhalten muß, damit er sein Kontrollrecht wirksam ausüben kann. Diese Informationen müssen im vorliegenden Zusammenhang in Form eines Gesetzentwurfs mit Begründung vorgelegt werden. Nur auf diese Weise ist der Gegenstand des zu kontrollierenden Verhaltens dem Abgeordneten überhaupt bekannt, und nur auf diese Weise kann er sein Kontrollrecht – einschließlich seines Fragerechts – wirksam ausüben.

Wenn demgegenüber eine förmliche Vertragsänderung nicht eingeleitet und dem Bundestag kein entsprechendes Zustimmungsgesetz vorgelegt wird, dann muß sich der Abgeordnete darauf verlassen können, daß die Bundesregierung im Hinblick auf die Fortentwicklung des betreffenden völkerrechtlichen Vertrages im Rahmen des vom Zustimmungsgesetz bestimmten Integrationsprogramms bleibt. Bleibt sie hingegen nicht in diesem Rahmen, dann entzieht sie sich damit der Kontrolle durch die Abgeordneten und macht diesen die wirksame Ausübung ihres Kontrollrechts und damit letztlich eine verantwortliche Ausübung ihres Abgeordnetenmandats unmöglich.

Insofern ist die Rechtslage also anders zu beurteilen als in der Entscheidung vom 12.7.1994, wo die geltend gemachte Verletzung der Abgeordnetenrechte lediglich darauf gestützt war, daß die Regierung nicht ohne eine vorherige Verfassungsänderung hätte handeln dürfen, während es im vorliegenden Fall um die Umgehung der Kontrollrechte der Abgeordneten durch Mitwirkung an einer Vertragsänderung ohne förmliches Vertragsänderungsverfahren geht.

Antrag Nr. 1 ist somit auch unter dem Aspekt der Verletzung der Rechte der Antragsteller begründet.

### III. Verletzung der Rechte der Antragsteller durch den Bundestag

Der Bundestag hat die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß er durch den Beschluß vom 9. März 2007 über den Antrag der Bundesregierung vom 8.2.2007 (BT-Drs. 16/4298) über die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan der Bundesregierung einen Militäreinsatz ermöglicht, der nur nach Änderung des NATO-Vertrages unter parlamentarischer Beteiligung in Form eines Zustimmungsgesetzes hätte ermöglicht werden dürfen.

Wie oben dargelegt (C.I.3.b cc), ist die Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan ein weiterer Schritt einer völkerrechtlichen Praxis, durch welche die Bundesregierung an der stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages mitwirkt. Der Bundestag hätte daher den Antrag der Bundesregierung auf Zustimmung zur Entsendung dieser Flugzeuge zurückweisen müssen, weil ohne eine Änderung des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag die rechtliche Basis für diesen Antrag nicht gegeben ist.

Dies haben die Antragsteller dem Präsidenten des Deutschen Bundestages in einem ausführlichen Schreiben detailliert dargelegt<sup>103</sup>.

Indem der Bundestag dennoch den Antrag auf die Tagesordnung gesetzt und beschlossen hat, diesem Antrag stattzugeben, hat er an der stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages mitgewirkt. Dadurch hat er die Rechte der Abgeordneten auf Mitwirkung an dem Gesetzgebungsverfahren verletzt, das nach dem Grundgesetz erforderlich ist, um die diese Änderung des NATO-Vertrages herbeizuführen.

Die Beratung des Antrags der Bundesregierung und die Entscheidung über diesen Antrag ohne vorherige Änderung des NATO-Vertrages und des Zustimmungsgesetzes hatte zur Konsequenz, daß der Bundestag dem Anschein nach nur über den Antrag der Bundesregierung und damit über eine nicht als sehr weitreichend erscheinende Ausweitung eines schon bestehenden Bundeswehreinsetzes entschied, während rechtlich gesehen zugleich die Entscheidung über die Mitwirkung an der Änderung des NATO-Vertrages im Sinne der amerikanischen Nationalen Sicherheitsstrategie und der auf ihr fußenden Kriegsführungspraxis zu treffen war. Doch war dies nicht Gegenstand der Tagesordnung.

Es liegt auf der Hand, daß im Hinblick auf die parlamentarische Bedeutung eines Gesetzgebungsverfahrens, im Hinblick auf die in einem solchen Verfahren stattfindenden politischen Abwägungsprozesse innerhalb der gesetzgebenden Körperschaften, im Hinblick darauf, daß im Gesetzgebungsverfahren zum Beispiel im Rahmen parlamentarischer Anhörungen regelmäßig rechtlicher und völkerrechtlicher Sachverstand eingeholt wird und in Anbetracht des Zusammenwirkens dieser Beratungs- und Abstimmungsprozesse die Mitwirkungsmöglichkeiten der Antragsteller unvergleichlich viel besser gewesen wären, wenn das eigentlich notwendige Gesetzgebungsverfahren auf der Tagesordnung gestanden hätte und wenn eine Vorlage

---

<sup>103</sup> Brief vom 21.2.2007 an den Präsidenten des Deutschen Bundestages Dr. Norbert Lammert (Kopie anbei).

mit dem Thema „Zustimmung zur Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages“ sowohl in die Lesungen des Bundestages als auch an den Bundesrat und seine Ausschüsse gegeben worden wäre. In jeder Phase dieser Willensbildungsprozesse kann nämlich der politisch aktive Abgeordnete in Wahrnehmung seines freien Mandats eingreifen und den gesetzgeberischen Vorgang in seinem Sinne zu beeinflussen versuchen. Der größere zeitliche Aufwand eines Gesetzgebungsverfahrens bietet dem einzelnen Abgeordneten weitaus bessere Mitwirkungsmöglichkeiten als der „kurze Prozeß“ der Beratung über einen einfachen Parlamentsbeschluß.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß mit dem Vorgehen, über die Entsendung der Tornado-Flugzeuge ohne vorherige Beratung einer Änderung des NATO-Vertrages zu entscheiden, der wesentliche und weiterreichende Entscheidungsgegenstand verdeckt und unsichtbar gemacht wurde. Die Erfolgchancen des einzelnen Abgeordneten, mit seiner Argumentation die Entscheidung zu beeinflussen, wären sehr viel größer, wenn neben dem vordergründigen Thema des Tornado-Einsatzes das im Hintergrund stehende Thema, das eine sehr viel größere Bedeutung hat, nämlich die Änderung des NATO-Vertrages, auf der Tagesordnung stünde. Es kann mit größter Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, daß die Änderung des NATO-Vertrages, an der der Bundestag mit seiner Zustimmung zur Entsendung der Tornados jetzt unwissentlich mitgewirkt hat, im Parlament keine Mehrheit fände, wenn sie ausdrücklich auf die Tagesordnung gesetzt worden wäre. Zwar sind die realen Chancen der Durchsetzung der eigenen politischen Ziele nicht rechtlich garantiert. Zu den Rechten jedes Abgeordneten gehört jedoch, daß er darüber informiert ist, worüber er zu entscheiden hat.

Hätte auf der Tagesordnung des Bundestages am 28. Februar und am 9. März 2007 nicht lediglich der Antrag der Bundesregierung bezüglich der Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan gestanden, sondern zugleich eine Änderung des NATO-Vertrages, dann hätte jeder Abgeordnete gewußt, um was es geht. Und dann hätte jeder Abgeordnete die Möglichkeit gehabt, zu diesem Thema auf die Willensbildung des Parlaments einzuwirken. Wird hingegen – wie das jetzt der Fall war – der NATO-Vertrag stillschweigend geändert, indem das Parlament über einen Tornado-Einsatz entscheidet und sozusagen nebenbei, ohne es zu wissen, eine Staatenpraxis bestätigt und fortführt, die zur Änderung dieses Vertrages führt, dann hat ein einzelner Abgeordneter de facto keine Möglichkeit, dieses Thema überhaupt zum Gegenstand der Beratungen zu machen.

Bei drei Minuten Redezeit, die einem Abgeordneten, der nicht von der Fraktion als Redner nominiert ist, in einer Debatte maximal zur Verfügung stehen, ist es schlechthin ausgeschlossen, den Parlamentskollegen auch nur annähernd angemessen darzulegen, welche rechtliche Tragweite ihre Entscheidung hat, geschweige denn, mit Gründen für eine bestimmte Position zu werben. Stünde dagegen das Zustimmungsgesetz zu einer Änderung des NATO-Vertrages zur Debatte, dann wäre der einzelne Abgeordnete nicht mit dem von ihm mit seinen geschäftsordnungsmäßigen Einwirkungsmöglichkeiten gar nicht zu bewältigenden Problem konfrontiert, die Problematik stillschweigenden Wandels eines Vertrages den Abgeordnetenkollegen erst einmal zu vermitteln. Vielmehr wäre allen Abgeordneten klar, war zur Entscheidung stünde, und der einzelne Abgeordnete könnte unmittelbar für seine politische Position – für die Ablehnung der Vertragsänderung – werben. Seine Mitwirkungsmöglichkeiten wären also bei Einhaltung des verfassungsmäßigen Verfahrens ungleich größer.

Indem der Bundestag durch Zustimmung zu dem Antrag der Bundesregierung an der stillschweigenden Änderung des NATO-Vertrages mitwirkt, verfehlt er nicht nur die Aufgabe, die ihm nach Art. 59 Abs. 2 GG zugewiesen ist, sowie seine Kontrollaufgabe gegenüber der Ausübung der Auswärtigen Gewalt durch die Bundesregierung, sondern er entzieht mit diesem Vorgehen auch den einzelnen Abgeordneten die Mitwirkungsmöglichkeiten, die ihnen bei Einhaltung des vom Grundgesetz vorgegebenen Verfahrens zustehen.

Somit ist auch Antrag Nr. 2 begründet.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)

**Anlagen:**

1. Prozeßvollmacht
2. BT-Drs. 16/4298 v. 8.2.2007
3. Brief der Antragsteller vom 8.1.2007 an den Vorsitzenden der CDU/CSU-Fraktion Volker Kauder
4. Brief der Antragsteller vom 19.2.2007 an den Vorsitzenden der CDU/CSU-Fraktion Volker Kauder
5. Brief der Antragsteller vom 21.2.2007 an den Präsidenten des Deutschen Bundestages Dr. Norbert Lammert
6. Brief der Antragsteller vom 8.2.2007 an den Bundesminister der Verteidigung Dr. Franz Josef Jung
7. Brief der Antragsteller vom 26.2.2007 an den Bundesminister der Verteidigung Dr. Franz Josef Jung
8. Erklärung des Auswärtigen Amtes, des Bundesministeriums der Verteidigung und des Bundesministeriums des Justiz in dem Papier „Bündnisfall nach Artikel 5 Nordatlantikvertrag in Folge der Angriffe auf die USA vom 11. September 2001“ vom 20.2.2007
9. Schreiben des Auswärtigen Amtes (Staatssekretär Boomgaarden) an den Abg. Dr. Gauweiler vom 22.2.2007
10. Schreiben des Auswärtigen Amtes (Staatssekretär Boomgaarden) an den Abg. Wimmer vom 22.2.2007
11. Brief des Bundesministers der Verteidigung Dr. Jung an die Antragsteller vom 27.2.2007