

Prof. Dr. Horn - Philipps-Universität - FB Rechtswissenschaften - D - 35032 Marburg

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität
und Geschäftsordnung
Platz der Republik 1
11011 Berlin

FB Rechtswissenschaften
Institut für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Hans-Detlef Horn

fon +49 (0) 6421 28 - 23 810
fax +49 (0) 6421 28 - 23 839
hans-detlef.horn@jura.uni-marburg.de

Petra Kühn (Sekretariat)
fon +49 (0) 6421 28 - 23 126
petra.kuehn@jura.uni-marburg.de

Savignyhaus
Universitätsstr. 6
D-35037 Marburg

Marburg, 5. April 2016

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD

Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Beteiligung
bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte
im Ausland im Zuge fortschreitender Bündnisintegration

BT-Drucksache 18/7360 vom 26. Januar 2016

– Anhörung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und
Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
am 13. April 2016 –

I. Inhalte und Ziele des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf beabsichtigt, die geltenden Regelungen des Parlamentsbeteiligungsgesetzes (ParlBetG) zu ändern und zu ergänzen. Dabei geht es im Wesentlichen um zwei Bereiche: Zum einen soll der Begriff des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ konkretisiert und damit jene rechtliche Schwelle präzisiert werden, ab der Entscheidungen über Auslandseinsätze der Bundeswehr grundsätzlich der konstitutiven Zustimmung des Bundestags bedürfen. Zum zweiten sollen die in diesem Zusammenhang bestehenden Unterrichtungspflichten der Bundesregierung ausgebaut sowie zahlreiche neue eingeführt werden.

Damit will der Gesetzentwurf vor allem den Anforderungen aus der fortschreitenden Bündnisintegration militärischer Fähigkeiten Rechnung tragen. Sein vorrangiges Ziel ist es, die Rechte des Bundestages bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr so fortzuentwickeln, dass sie unter den Bedingungen militärischer Integration weiterhin gesichert sind und zugleich die Bündnisfähigkeit Deutschlands erhöht wird. Hierin stützt sich der Gesetzentwurf weitgehend auf die Vorschläge der sog. „Rühe-Kommission“ (Kommission zur Überprüfung und Sicherung der Parlamentsrechte bei der Mandatierung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr; Abschlussbericht vom 16.6.2015, BT-Drs. 18/5000).

Darüber hinaus will der Gesetzentwurf gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufgreifen, der sich aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt, zuletzt aus der Entscheidung zum Evakuierungseinsatz der Bundeswehr in Libyen (Urteil vom 23.9.2015 – 2 BvE 6/11, NVwZ 2015, S. 1593 ff.), ergibt.

II. Schwerpunkte der Stellungnahme

Die folgenden Erwägungen legen zunächst den besonderen Charakter des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts dar. Im Hinblick darauf gilt es sodann den Spielraum auszuloten, der dem einfachen Gesetzgeber bei der Regelung der Parlamentsbeteiligung unterhalb der Verfassung bleibt. Beides zu vergewissern, ist unabdingbar, um anschließend die Regelungsvorschläge des Gesetzentwurfs angemessen einordnen und verfassungsrechtlich würdigen zu können. Hierbei werden namentlich die Nrn. 1 und 2 in

Artikel 1 des Entwurfs (§§ 2, 2a ParlBetG-Entwurf) in den Blick genommen, während die novellierten Unterrichtspflichten der Bundesregierung keinen eingehenderen verfassungsrechtlichen Erörterungsbedarf hervorrufen.

III. Der dogmatische Sonderstatus des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts

1. Seit der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.7.1994 (BVerfGE 90, 286 ff. [381 ff.]) ist das Prinzip der konstitutiven Beteiligung des Parlaments beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte in der Folgerechtsprechung weiter präzisiert worden, sowohl in den Voraussetzungen und Anforderungen als auch in seiner verfassungsrechtlichen Funktion und Bedeutung.

Demnach gilt der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt als ein *unmittelbar kraft Verfassung bestehender Rechtssatz*. Bezeichnenderweise hat das Bundesverfassungsgericht die missverständliche Formulierung „Prinzip“ seit jener vorgenannten Grundsatzentscheidung nicht mehr verwendet. Das Mitentscheidungsrecht des Bundestages beim Streitkräfteeinsatz ist nicht nur ein Prinzip in dem möglichen Sinne eines Optimierungsgebotes, das stets abwägungs- und relativierungsfähig wäre. Sondern es handelt sich um eine *Regel*, die in jedem Fall, in dem ihre Voraussetzungen gegeben sind, zu beachten ist.

2. Nach dieser Regel liegt die Entscheidung über einen bewaffneten Außeneinsatz deutscher Soldaten in der *gemeinsamen Zuständigkeit* von Parlament und Regierung. Das gilt gleichermaßen für Einsätze innerhalb von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit wie für allein national verantwortete Einsätze. Das Bundesverfassungsgericht spricht insofern von *Entscheidungsverbund und Verantwortungsteilung* (BVerfGE 121, 135 [161 f.]; E v. 23.9.2015, Rn. 70).

a) Damit nimmt der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt, gemessen an der klassischen Lehre vom Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, einen dogmatischen Sonderstatus ein. Ihm geht es nicht in einem herkömmlichen Verständnis darum, exekutives Handeln von einer parlamentarischen Ermächtigung abhängig zu machen. Ein solcher,

herkömmlicher Vorbehalt beschränkt die Exekutive in ihren Handlungsmöglichkeiten, welche ihr aber an sich zugehören, das heißt von der Staatsfunktion umfasst sind, die der Exekutive in der gewaltenteiligen Ordnung zugewiesen ist.

Der sog. wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt ist hingegen kein solcher Vorbehalt, sondern unternimmt bereits eine *Organ-Funktionenzuweisung*. Er ist damit „ein prägender Teil der grundgesetzlichen Gewaltenteilung“ (BVerfG, E v. 23.9.2015, Rn. 70, 100). Dies wird vom Bundesverfassungsgericht zumal in der AWACS-Entscheidung (BVerfGE 121, 135 [160 ff.]) mit erkennbarer rechtsdogmatischer Akribie herausgestellt und sodann in der Libyen-Entscheidung in aller Deutlichkeit wiederholt (E v. 23.9.2015, Rn. 70; unklar insoweit noch BVerfGE 90, 286 [381 ff., 389 f.]).

Dementsprechend bildet auch die Tatsache, dass der Einsatz bewaffneter Gewalt „ein erhebliches Risiko für Leben und Gesundheit deutscher Soldaten“ bedeutet (BVerfGE 121, 135 [161]), nicht den konstitutiven Grund des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts. Der durch ihn angeordnete Entscheidungsverbund von Parlament und Regierung folgt vielmehr aus der organadäquaten Funktionenzuweisung, nach der das Grundgesetz die gewaltenteilige Ordnung im Bereich auswärtigen Handelns in dem Anliegen ausgestaltet hat, die *Bundeswehr* „als *Machtpotential*“ nicht allein der Exekutive zu überlassen (BVerfGE 90, 286 [382]; 121, 135 [154]; E v. 23.9.2015, Rn. 67).

b) Das Recht des Bundestages, über einen bewaffneten Streitkräfteeinsatz im Ausland mitzuentcheiden, stellt mithin keine wie auch immer begründete Beschränkung eines an sich der Exekutive überantworteten Entscheidungsraums im auswärtigen Bereich dar. Ein solcher *eigenverantwortlicher Entscheidungsraum der Bundesregierung besteht von vornherein nicht*. Dem kann ein irgendwie apriorisches Gewaltenteilungskonzept, das eine an sich alleinige Regierungszuständigkeit behauptet, nicht entgegengehalten werden: „Der Parlamentsvorbehalt ist Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung“ (BVerfGE 121, 135 [162, 163]).

In dogmatischer Hinsicht gehört der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt daher nicht zur verfassungsrechtlichen Vorbehaltslehre, sondern zur verfassungsrechtlichen Staatsfunktionenlehre. Treffender wäre statt von einem Vorbehalt von einem *wehrverfassungsrechtlichen Vorenthalt* zu sprechen. Es geht nicht darum, dass die Bundesregierung die Entscheidung über den Streitkräfteeinsatz nur vorbehaltlich der Zustimmung des Parlaments treffen kann, sondern darum, dass es ihr schon funktionell-rechtlich vorenthalten ist, darüber in alleiniger Verantwortung zu entscheiden (zur entsprechenden Ausdeutung

des allgemeinen Parlamentsvorbehalts nach der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts vgl. H.-D. Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 43 ff.: „Vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorenthalt des Wesentlichen“).

c) Das ändert nichts daran, dass das – demnach: „originäre“ (BVerfGE 121, 135 [169]; E v. 23.9.2015, Rn. 88) – Mitentscheidungsrecht des Bundestages ein Zustimmungsgesetz ist; es verleiht *keine Initiativbefugnis*. Auch das gehört zur wehrverfassungsrechtlichen Funktionenordnung.

Die Bundeswehr ist zwar nicht allein der Exekutive überlassen, sondern als „Parlamentsheer“ in die geteilte Kompetenz von Parlament und Regierung gelegt. Doch das berührt nicht den anderen Bereich außenpolitischen Handelns, der der Regierung von der Verfassung als Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit gewährt ist. In diesen Eigenbereich fällt auch die (Grund-)Entscheidung, ob überhaupt über eine Entsendung deutscher Soldaten beschlossen werden soll, nicht anders wie die Entscheidung über die Modalitäten, den Umfang und die Dauer solcher Einsätze oder über die notwendige Koordination in und mit Organen internationaler Organisationen. Der Bundestag kann die Regierung weder zu einem Streitkräfteeinsatz verpflichten noch das Entscheidungsprozedere über einen solchen Einsatz von sich aus einleiten (vgl. BVerfGE 90, 286 [389]; 121, 135 [161 f.]).

IV. Folgerungen für den Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers

1. Aus der aufgewiesenen verfassungsunmittelbaren Funktion und Bedeutung des parlamentarischen Zustimmungserfordernisses folgt, dass dessen Anwendungsbereich oder Reichweite nicht restriktiv bestimmt werden darf. Vielmehr ist der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt *parlamentsfreundlich auszulegen*. Insbesondere ist es ausgeschlossen, dass das Eingreifen des Parlamentsvorbehalts unter Berufung auf Gestaltungsspielräume der Exekutive maßgeblich von den politischen und militärischen Bewertungen und Prognosen der Bundesregierung abhängig gemacht wird (BVerfGE 121, 135 [162 f.]).

Insoweit geht es um den Tatbestand, an die der Satz vom Parlamentsvorbehalt die Rechtsfolge der parlamentarischen Zustimmungspflicht knüpft. Gegenstand und

Anwendungsfall der Parlamentsbeteiligung ist der „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“. Dabei handelt es sich um einen *verfassungsrechtlichen Begriff* (BVerfGE 121, 135 [156]; E v. 23.9.2015, Rn. 71), der unmittelbar subsumtionsfähig, aber auch auslegungs- und konkretisierungsbedürftig ist.

Seine Anwendung ist jedoch – in der Konsequenz des Gesagten – in jedem konkreten Einzelfall *gerichtlich voll überprüfbar*. Ein vom Bundesverfassungsgericht nicht oder nur eingeschränkt nachprüfbarer Einschätzungs- oder Prognosespielraum der Bundesregierung ist hier nicht eröffnet. Andernfalls stünde das Mitentscheidungsrecht des Parlaments praktisch in jedem Fall eines beabsichtigten Streitkräfteeinsatzes zu ihrer Disposition. Das wäre „systemwidrig“, weil der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt, soweit er reicht, dem Parlament das Mitentscheidungsrecht als originäres Recht zuweist (BVerfGE 121, 135 [168 f.]; E v. 23.9.2015, Rn. 90).

2. Die Rechte, die das Grundgesetz den einzelnen Verfassungsorganen verleiht, stehen aber „*weder zu ihrer eigenen Disposition noch zur Disposition des Gesetzgebers*“. Diese Konsequenz hat das Bundesverfassungsgericht nochmals in der Libyen-Entscheidung ausdrücklich formuliert (BVerfG, E v. 23.9.2015, Rn. 93 f.). Auch von einem im Rang unter der Verfassung stehenden Gesetz kann die verfassungsrechtliche Schwelle parlamentarischer Zustimmungsbefürftigkeit nicht verbindlich konkretisiert werden (BVerfGE 121, 135 [156]; E v. 23.9.2015, Rn. 71).

a) Die frühere Grundsatzentscheidung vom 12.7.1994 hatte sich insofern noch sichtlich „großzügiger“ erklärt (BVerfGE 90, 286 [389 f.]). Inzwischen ist von einer „Gestaltungsfreiheit“ des Gesetzgebers, innerhalb der das „Prinzip förmlicher parlamentarischer Beteiligung hinreichend zur Geltung zu bringen“ und andererseits der „Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis zu beachten“ sei, nicht mehr die Rede. Statt dessen heißt es heute, dass die *gesetzliche Ausgestaltung* des Instituts im Einzelfall *allenfalls* „Hinweise für seine verfassungsunmittelbare Reichweite zu geben vermag“ (BVerfGE 121, 135 [156]; E v. 23.9.2015, Rn. 71).

b) Damit fällt die Aufgabe, den Begriff des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ näher zu definieren, ganz wesentlich der (im Einzelfall angerufenen) *kontrollierenden Verfassungsgerichtsbarkeit* zu. Und das Gericht hat sich dieser Aufgabe in seiner AWACS-

Rechtsprechung und zuletzt in der Libyen-Entscheidung auch mit einer erheblichen Detail- und Kontrolltiefe angenommen.

Gleichwohl bedeutet das nicht, dass infolgedessen der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers auf Null zusammenschmilzt. Das Argument, es fehle mangels verbleibender Einschätzungsspielräume im Anwendungsbereich des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts schon an der Voraussetzung für eine funktionell-rechtliche Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte (vgl. BVerfGE 121, 135 [169]), greift im Verhältnis zum Gesetzgeber nicht mit der gleichen Stringenz wie im Verhältnis zur Bundesregierung. Als *Erstinterpret der Verfassung* bleibt auch hier der demokratische Gesetzgeber dazu berufen und aufgerufen, an der Konkretisierung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts (mit-) zu arbeiten.

c) Insoweit verweist das Bundesverfassungsgericht insbesondere auf die *Modalitäten des Verfahrens*. Es sei „Sache des Gesetzgebers, Form und Ausmaß parlamentarischer Mitwirkung je nach Anlass und Rahmenbedingungen des Einsatzes näher auszugestalten“ (BVerfG, E v. 23.9.2015, Rn. 82 mit Verweis auf BVerfGE 90, 286 [389]) – solange dabei der rechtserhebliche, grundsätzlich konstitutive Einfluss des Bundestages auf die Einsatzentscheidung gesichert bleibt. Auch könne der Gesetzgeber – für die subsidiäre Eilkompetenz des Bundesregierung, in Ausnahmesituationen den Streitkräfteinsatz alleine anzuordnen – die „Voraussetzungen eines im Gefahr im Verzug begründenden Notfalls und das dabei zu beobachtende Verfahren näher regeln“ (ebd. Rn. 93).

d) Doch was den Begriff eines zustimmungsbedürftigen „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ angeht, so bleibt dessen Inhalt nicht nur unmittelbar verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern in jedem Einzelfall auch unmittelbar der verfassungsgerichtlichen Bestimmung zugänglich. Der Gesetzgeber ist hier, weil es in jedem einzelnen (Streit-)Fall um die Sicherung einer originären, wehrverfassungsrechtlichen Staatsfunktionenzuordnung geht, in seinen *Ausgestaltungsmöglichkeiten in eigentümlicher Weise beschränkt*. Denn nicht nur, dass jede materielle Begriffsbestimmung, die er unternimmt, wie herkömmlich unter dem Gebot der Verfassungskonformität steht. Sondern es ist jede Anwendung dieses Begriffs, die selbst und unmittelbar, d.h. ganz und gar unabhängig von seiner gesetzgeberischen Festlegung, von der Verfassung dirigiert wird.

Anders gewendet: Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt als Kontrollnorm fällt hier, was seine Reichweite angeht, mit seinem Charakter als Handlungsnorm in eins.

Sich einerseits an das Bundesverfassungsgericht, andererseits an die Bundesregierung richtend, sind beide unmittelbar aus der Verfassung mit dem identischen Inhalt konfrontiert. Ebenso aber wie der Einsatzbegriff als unbestimmter Verfassungsbegriff den Rechtsanwendungsorganen keinerlei Beurteilungsspielraum eröffnet, so belässt er – infolgedessen – auch den Rechtssetzungsorganen, sprich: dem Gesetzgeber *keinerlei Spielraum* zu einer Ausgestaltung und Konkretisierung, die den Anspruch des Verfassungsrechts, in jedem Einzelfall die Frage nach der parlamentarischen Zustimmungspflichtigkeit eines Streitkräfteeinsatzes im Ausland unmittelbar zu steuern, irgendwie mediatisiert. Kurz: Über eine *nur deklaratorische Wirkung* mag der Zugriff des Gesetzgebers auf den Inhalt des Begriffs des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ – juristisch betrachtet – nicht hinauszureichen.

e) In *rechtspolitischer Hinsicht* hingegen bleibt gewiss in Rechnung zu stellen, dass jede inhaltliche Ausbuchstabierung des Einsatzbegriffs durch den Gesetzgeber, die den verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Begriffsvorgaben entspricht, der Rechtsanwendungspraxis wertvolle Orientierungshilfe leisten kann.

Unter der Maßgabe des vorstehend Gesagten und ebenso in Anbetracht der unabsehbaren Vielgestaltigkeit zukünftiger Einsatzfälle drängen sich indessen *zwei Empfehlungen* auf:

aa) Zum einen kann der Gesetzgeber in der *positiv-inhaltlichen Definierung* des Einsatzbegriffs durchaus zurückhaltend sein und sich auf die Ausformulierung des verfassungsrechtlich Wesentlichen beschränken (wie § 2 Abs. 1 ParlBetG, alte und neue Fassung).

Soweit dagegen versucht wird (wie in § 2 Abs. 2 ParlBetG, alte und neue Fassung), dem Einsatzbegriff zusätzliche Konturenschärfe dadurch zu verleihen, dass im Wege einer *negativen Listung* bestimmte Maßnahmen oder Verwendungsarten der Bundeswehr aus dem Begriff herausgenommen werden, so muss klar sein, dass der Ertrag dessen nicht über das hinaus geht, was das Bundesverfassungsgericht als bloße „*Hinweise*“ für die verfassungsunmittelbare Reichweite des Parlamentsvorbehalts bezeichnet hat (s.o. Ziff. IV. 2.a; BVerfGE 121, 135 [156]; E v. 23.9.2015, Rn. 71).

Solchen „Hinweisen“ *fehlt* aber jede *verbindliche Wirkung*. Mit anderen Worten, sie stehen immer unter dem Vorbehalt der Umstände des Einzelfalls und deren rechtlicher Relevanz unmittelbar von Verfassungs wegen, sind mithin praktisch stets der Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Korrektur im Einzelfall ausgesetzt.

Denn mit dem Begriff „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“ ist, so das Bundesverfassungsgericht, eine „einheitliche Schwelle parlamentarischer Zustimmungsbefähigung definiert“ (E v. 23.9.2015, Rn. 71). Das heißt, dem Begriff können zwar qualitativ unterschiedliche Arten der Verwendung der Bundeswehr unterfallen, doch ist er „*einheitlich zu definieren*“; seine Konkretisierung hängt von der Verwendungsart der Streitkräfte gerade nicht ab, ebenso wenig wie von der militärischen Erheblichkeit ihres Einsatzes. Beispiel: „Auch die Verwendung von Personal der Bundeswehr für bloße Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland kann der parlamentarischen Zustimmung bedürfen, sofern die Soldaten dabei in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“ (BVerfG, E v. 23.9.2015, Rn. 81).

In dieser Lage spielt es demnach auch keine Rolle, ob der gesetzgeberische Negativkatalog als zwingende oder nur regelhafte Festlegung oder nach Art von Regelbeispielen gefasst ist, oder ob ihm ein Nachsatz („es sei denn“) folgt, der den besagten verfassungsrechtlichen Vorbehalt einfachrechtlich wiederholt.

bb) Demgegenüber würde nach meinem Dafürhalten aus rechtspolitischer Sicht mehr dafür sprechen, in das Parlamentsbeteiligungsgesetz – jedenfalls zusätzlich – eine Norm aufzunehmen, die die *Kriterien und Maßgaben* benennt, *wie zu ermitteln ist* bzw. nach welchen zu bemessen ist, ob im Einzelfall ein „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“ im Sinne seines verfassungsrechtlichen Inhalts in Rede steht – als da sind:

- „hinreichende greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass ein Einsatz nach seinem Zweck, den konkreten politischen und militärischen Umständen sowie den Einsatzbefugnissen in die Anwendung von Gewalt münden kann“ – *sachliche Nähe* (BVerfGE 121, 135 [165]; E v. 23.9.2015, Rn. 74);
- „besondere Nähe der Anwendung von Waffengewalt“: unmittelbar bevorstehend oder von der Gesamtsituation her wahrscheinlich – *zeitliche Nähe* (BVerfGE 121, 135 [166 f.]; E v. 23.9.2015, Rn. 75).

Diese beiden, vom Bundesverfassungsgericht als weichenstellende (Ober-)Kriterien entwickelten Gesichtspunkte zielen darauf ab, *im Sinne einer Subsumtionsanleitung* den Tatbestand des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ – dass also deutsche Soldaten „in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“ oder eine solche Einbeziehung „qualifiziert zu erwarten ist“ (BVerfGE 121, 135 [165]; E v. 23.9.2015, Rn. 72) – für den Einzelfall konkretisier- und anwendbar zu machen.

Dass es diese Gesichtspunkte sind, auf die es entscheidend ankommt, stimmt vollständig mit dem Grund und Anlass für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt überein, nämlich dem militärischen „Machtpotential“ der Bundeswehr (BVerfGE 121, 135 [154]) und dem politischen „Eskalations- oder doch Verstrickungspotential“ ihres Einsatzes (BVerfGE 121, 135 [161]).

- Je nach der gewollten Ausgestaltungstiefe könnte der Gesetzgeber hieran eine Aufzählung weiterer Aspekte anschließen, die jene Oberkriterien beispielhaft zu erläutern und damit zu veranschaulichen suchen.

Hiermit würde der Gesetzgeber zwar einen ganz anderen Regelungsansatz verfolgen als mit dem bisherigen Versuch, den Einsatzbegriff inhaltlich – positiv oder negativ – zu fixieren. Damit trüge er aber meines Erachtens keineswegs weniger, sondern eher mehr zu einer *rationalen Operationalisierung*, zu Rechtsklarheit und demokratischer Diskursfähigkeit des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts in der politischen Praxis bei, und ebenso zu einer auch für die Bündnispartner militärischer Integrationen voraussehbaren und verlässlichen Handhabung.

V. Einzelheiten

1. Begriffsbestimmung – § 2 Abs. 1 ParlBetG-Entwurf

a) Mit der Änderung des § 2 Abs. 1 ParlBetG beabsichtigt der Entwurf, die Begriffsbestimmung des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzupassen. Dazu soll das Wort „konkret“ eingefügt werden, so dass die Norm diesen Wortlaut erhalten soll:

„Ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte liegt vor, wenn Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung *konkret* zu erwarten ist“.

b) Sieht man auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheint die Einfügung allerdings zu kurz gegriffen. Die Präzisierung „konkret zu erwarten“ stützt sich zwar auf eine entsprechende Formulierung in der AWACS-Entscheidung (BVerfGE 121, 135 [164]). Doch schon dort ist im Weiteren zu lesen: Erst die „*qualifizierte* Erwar-

tung“ einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen führt zur parlamentarischen Zustimmungsbedürftigkeit (BVerfGE 121, 135 [165]). Und so ist auch hernach, in der Libyen-Entscheidung, nurmehr von der Voraussetzung einer „qualifizierten Erwartung“ die Rede (E v. 23.9.2015, Rn. 73).

c) Die unterschiedliche Wortwahl markiert einen Unterschied in der Sache. Die „konkrete Erwartung“ erfasst, so muss wohl das Bundesverfassungsgericht verstanden werden, lediglich den zeitlichen Faktor bzw. das Kriterium der *zeitlichen Nähe*, das einen Einsatz der Bundeswehr als eine Verwicklung in bewaffnete Auseinandersetzungen „qualifiziert“. Insofern mag auch die Assoziation mit dem polizeirechtlichen Begriff der „konkreten Gefahr“ naheliegen.

Die „qualifizierte Erwartung“ hingegen umfasst – in der Wort-Systematik des Bundesverfassungsgerichts – *zudem* das weitere Kriterium der *sachlichen Nähe*, dass also der Einsatz aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte und Umstände in eine Anwendung von Waffengewalt münden kann und damit deutsche Soldaten darin verwickelt sein können. Beide im Begriff der „qualifizierten Erwartung“ zusammengeführten Kriterien wollen verdeutlichen, dass – jenseits eines mit deutscher Beteiligung bereits verwirklichten Kampfgeschehens – weder in zeitlicher noch in sachlicher Hinsicht die bloße Möglichkeit, dass es bei einem Einsatz zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommt, hinreicht, um die Zustimmungspflicht des Parlaments auszulösen.

Es sollte daher in § 2 Abs. 1 ParlBetG vor den Wörtern „zu erwarten ist“ anstelle des Wortes „konkret“ das Wort „qualifiziert“ eingefügt werden.

2. Begriffsbestimmung – § 2 Abs. 2 ParlBetG-Entwurf

a) Im Abs. 2 des § 2 ParlBetG verfolgt der Entwurfsvorschlag ebenso wie die bisherige Fassung weiterhin das Ziel, den Einsatzbegriff dadurch zu konturieren, dass – *negativ* – herausgestellt wird, in welchen Fällen der Tatbestand eines Einsatzes nicht gegeben bzw. eine Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen nicht zu erwarten sei. Der hierzu mit dem Entwurf vorgeschlagene Katalog *erweitert* die Zahl dieser Fälle – und *reduziert* damit, konzeptionell betrachtet, die Reichweite des Parlamentsvorbehalts.

b) Wie zuvor aufgewiesen (s.o. Ziff. IV.2.d.,e., aa.) muss der juristische Ertrag dieses Regelungsansatzes jedoch als gering eingestuft werden. Es kann sich hier allenfalls um „Hinweise“ handeln, denen *keine rechtlich verbindliche Wirkung* zufällt. Das gilt umso mehr, als das Anliegen, bestimmte Verwendungsarten der Bundeswehr aus dem Einsatzbegriff herauszunehmen, die Tendenz in sich trägt, dem verfassungsrechtlichen Einsatzbegriff als eines *einheitlich zu definierenden* Begriffs gerade zuwiderzulaufen.

An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts dadurch, dass die aufgeführten Fälle durch *einschränkende Umschreibungen*, wie: „ohne Bezug zu Kampfhandlungen“, „außerhalb des Gebiets eines bewaffneten Konflikts“, „in sicherem Umfeld“, „Waffen lediglich zum Zwecke der Selbstverteidigung“, zu erkennen geben wollen, dass sie allesamt unter dem Vorbehalt stehen, dass bei Vorliegen gegenteiliger Umstände und Anhaltspunkte im Einzelfall doch der Fall eines bewaffneten Streitkräfteeinsatzes gegeben ist.

Entsprechendes gilt für die Relativierung, in den aufgeführten Fällen sei eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung „in der Regel“ nicht zu erwarten (der Vorschlag der „Ruhe-Kommission“ hatte auf diese Relativierung noch verzichtet, vgl. Abschlussbericht, BT-Drs. 18/5000, S. 36, 46).

Die Begründung des Gesetzentwurfs (insoweit die Erwägungen der „Ruhe-Kommission“ weithin wörtlich übernehmend) hegt freilich keinerlei Zweifel an dieser verfassungsrechtlichen Lage. Vielmehr stellt sie den vorbenannten Vorbehalt der Einzelfallumstände mehrfach unmissverständlich heraus (BT-Drs. 18/7360, S. 7 f.).

c) Dennoch misst sie den gelisteten Verwendungsarten der Bundeswehr „*typischerweise*“ keine zu erwartende Verstrickung in eine militärische Gefährdungslage zu: bei „humanitären Hilfsdiensten und Hilfsleistungen“, „logistischer Unterstützung“, „Bereitstellung medizinischer Versorgung“, „Ausbildungsmissionen“, „Beobachtermissionen der Vereinten Nationen oder eines anderen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ und bei „vorbereitenden Maßnahmen und Planungen, einschließlich Erkundungskommandos“.

Während sich das geltende Parlamentsbeteiligungsgesetz zu den erstgenannten Fällen bislang nicht ausdrücklich erklärt, qualifiziert es indessen „*Erkundungskommandos*“ als „in der Regel“ bewaffnete Einsätze, wenn auch von geringerer Intensität mit der Folge des vereinfachten parlamentarischen Zustimmungsverfahrens (§ 4 Abs. 1, Abs. 3 1. Spiegelstrich ParlBetG). Der Entwurfsvorschlag unternimmt demnach hier eine ausdrückliche Umkehrung in das genaue Gegenteil; Erkundungskommandos werden nun als Verwendungen angesehen, die „in der Regel“ bzw. „*typischerweise*“ nicht in einem gefährlichen

Umfeld durchgeführt werden und daher keiner Zustimmung des Bundestages bedürfen. So seien auch in der Praxis eigenständig mandatierte Erkundungskommandos seit dem Inkrafttreten des Parlamentsbeteiligungsgesetzes im Jahre 2005 nicht durchgeführt worden. (Dementsprechend sieht der Entwurf die Aufhebung des § 4 Abs. 3 1. Spiegelstrich vor.)

Aus rein rechtlicher Warte sei insofern allerdings, wie auch zu den anderen Fällen, ergänzend angemerkt, dass in der Konsequenz des bereits Gesagten dem Gesetzgeber hier *nicht* die Regelungstechnik einer *typisierenden Gesetzgebung* offensteht, wie wir sie aus Bereichen der Massenverwaltung, z.B. im Steuerrecht, kennen. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Verschiebung der Erkundungskommandos in den regelmäßig zustimmungsfreien Einsatzbereich keinen verfassungsfesten Regelungsspielraum für sich in Anspruch nehmen.

d) Im Ergebnis kann daher der „Ertrag“ des Entwurfsvorschlags allenfalls in seiner *rechtspolitischen Absicht* aufgefunden werden, der in jedem Einzelfall einer Verwendung von Bundeswehrkräften im Ausland aufkommenden Debatte über die parlamentarische Zustimmungspflichtigkeit sachlich abschichtende und damit der Klärung förderliche Einschätzungs- und Argumentationshilfen an die Hand zu geben.

Die weitergehende politische Wirkkraft dieser Absicht ist gewiss nicht zu unterschätzen. Solcher Debatte werden bei Lichte besehen nicht nur Hinweise an die Hand gegeben, sondern ihr wird damit auch die Richtung gewiesen. Die gesetzgeberische Listung in der Regel nicht zustimmungspflichtiger Fälle lässt für die Praxis erwarten, dass sich die Argumentationslast zur Behauptung des Parlamentsvorbehalts im Verhältnis zur Bundesregierung auf den Bundestag, im Verhältnis zur regierungstragenden Parlamentsmehrheit auf die parlamentarische Opposition verschiebt. Umgekehrt wird insbesondere zugunsten der Bundesregierung, evtl. auch der Parlamentsmehrheit, ein begünstigender Effekt in dem Sinne bewirkt, tendenziell nicht dazu verpflichtet zu sein, den Bundestag mit einem beabsichtigten Bundeswehreinsatz zu befassen und um dessen Zustimmung zu streiten. So gesehen lässt sich nicht zur Gänze ausschließen, dass der Entwurfsvorschlag in seinen politischen „Nebenwirkungen“ auch empfindlich zu einer verzerrten Wahrnehmung der Sach- und Rechtslage im Einzelfall beitragen kann.

3. Mitwirkung in militärischen Stäben und Hauptquartieren – § 2a ParlBetG-Entwurf

a) Der Vorschlag, einen neuen § 2a in das Parlamentsbeteiligungsgesetzes einzufügen, geht ebenfalls auf eine Anregung der „Rühe-Kommission“ zurück (vgl. Abschlussbericht, BT-Drs. 18/5000, S. 33 f., 47). Die Vorschrift will der besonderen Bedeutung der Stäbe und Hauptquartiere für die Handlungsfähigkeit militärischer Bündnisse Rechnung tragen und deshalb die Zustimmungsbefähigung der Mitwirkung deutscher Soldatinnen und Soldaten in solchen Stäben und Hauptquartieren in einer *eigenständigen Norm* regeln. Bislang enthält das Parlamentsbeteiligungsgesetz dazu keine ausdrückliche Regelung. Dadurch soll ein größeres Maß an Rechtssicherheit erreicht werden (vgl. Entwurfsbegründung, BT-Drs. 18/7360, S. 6).

b) Unbeschadet des Standortes außerhalb des § 2 ParlBetG und diesem nachfolgend handelt es sich auch bei § 2a ParlBetG-Entwurf der Sache nach um eine *Regelung zum Einsatzbegriff*. Systematisch gehört die Vorschrift zu dem Negativkatalog des § 2 Abs. 2 ParlBetG-Entwurf. Sie verfolgt die gleiche Intention, nämlich eine bestimmte Art der Verwendung von Bundeswehrpersonal regulatorisch aus dem Tatbestand eines Einsatzes bewaffneter Streitkräfte herauszunehmen und sie damit dem Bereich nicht zustimmungspflichtiger Verwendungen zuzuordnen.

c) Die Entwurfsbegründung (BT-Drs. 18/7360, S. 8 f.) wie auch die entsprechenden Passagen des Abschlussberichts der „Rühe-Kommission“ (BT-Drs. 18/5000, S. 33 f.) erläutern eingehend die schwierigen, durch den Einsatzbegriff aufgeworfenen Abgrenzungsfragen, die sich in der Vergangenheit im Blick auf die Beteiligung deutscher Soldatinnen und Soldaten in integrierten oder multinational besetzten Stäben und Hauptquartieren gezeigt hätten. So sei z.B. die herkömmliche Praxis, zwischen ständigen und nicht ständigen, ad hoc gebildeten Stäben zu unterscheiden, in Anbetracht neuerer Entwicklungen der Zusammenarbeit in mobilen Elementen der NATO und der EU nicht mehr angemessen. Unklarheiten bestünden auch für den personellen Aufwuchs ständiger Stäbe in Krisenzeiten.

Der Novellierungsvorschlag setzt sich daher von solchen Unterscheidungen ab und wählt einen anderen Weg. Als (*neues*) *Abgrenzungskriterium* führt er ein: entweder die Verlegung deutscher Soldatinnen und Soldaten im Rahmen eines Stabes in ein Gebiet eines

bewaffneten Konflikts oder wenn deutsche Soldatinnen und Soldaten – auch ohne Verlegung – dort eingesetzte Waffen unmittelbar bedienen.

Weil beide Fälle eine „*typischerweise*“ eine erhöhte militärische Gefahrenlage mit sich brächten, bliebe es insoweit, so die Begründung (BT-Drs. 18/7360, S. 9), bei der Zustimmungspflicht des Bundestages, auch wenn diese Verwendungen räumlich oder organisatorisch im Rahmen eines Stabs oder Hauptquartiers stattfänden. Alle anderen Funktionswahrnehmungen in integrierten oder multinational besetzten Hauptquartieren, Dienststellen und Stäben der NATO, der EU oder einer anderen Organisation gegenseitiger kollektiver Sicherheit werden demgegenüber ausdrücklich für zustimmungsfrei erklärt.

d) Insgesamt folgt § 2a ParlBetG-Entwurf damit – unbeschadet des besonderen Fokus auf integrierte Militäreinrichtungen – der gleichen Regelungsstrategie wie § 2 Abs. 2 ParlBetG. Das dazu Ausgeführte (s.o. Ziff. V.2.) trifft demzufolge in entsprechender Weise auch hier zu. In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Lage ist somit ein Mehr an echter Rechtssicherheit, das mit der Novelle geschaffen werden soll, *nur* im Umfang der zuvor aufgewiesenen *Hinweisfunktion* zu erreichen.

Hinzu kommt, dass mit dem Begriff des „*bewaffneten Konflikts*“ ein dem Parlamentsbeteiligungsgesetz ansonsten fremder Begriff eingeführt wird. Sein Verhältnis zum (Einsatz-)Begriff der „*bewaffneten Unternehmung*“ (§ 2 Abs. 1 ParlBetG) bleibt unklar und ist daher geeignet, neue Auslegungsunsicherheiten zu verursachen.

In allem mag schließlich auch hier der rechtspolitische Ertrag eher als ambivalent einzu schätzen sein.

gez. Prof. Dr. Hans-Detlef Horn