

## Grundkurs Öffentliches Recht I

Montag, den 13. Dezember 2004

---

### I. Materielle Grenzen einer Verfassungsänderung

Nach Art. 79 III GG sind bestimmte Grundsätze des Grundgesetzes einer Verfassungsänderung entzogen. Art. 79 III GG errichtet eine materielle Schranke für den verfassungsändernden Gesetzgeber. Wegen dieser Wirkungsweise nennt man die Norm auch Ewigkeitsgarantie. Solange man die Grundlage des Grundgesetzes nicht verlässt (solches zu tun wäre in einem juristischen Sinne Revolution), sind Verstöße gegen Art. 79 III GG ausnahmslos unzulässig, so klar die dafür sprechenden Mehrheiten auch sein mögen. Es wird verboten, dass ein verfassungsänderndes Gesetz

(1) die Gliederung des Bundes in Länder,

(2) die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder

(3) die in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt. Hinzu kommt

(4) das Verbot, Art. 79 III GG selbst zu ändern. Letzteres ergibt sich nicht ausdrücklich, aber sinngemäß aus Art. 79 III GG; es ist erforderlich, weil sonst die übrigen Verbote umgangen werden könnten.

Einer Verfassungsänderung entzogen sind die in Art. 1 und 20, nicht die in Art. 1 bis 20 niedergelegten Grundsätze. Aus Art. 1 ergeben sich die Garantie der Menschenwürde, das Bekenntnis zu den Menschenrechten und die Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt. Aus Art. 20 ergeben sich die Verfassungsgrundsätze der Republik, der Demokratie, des Bundesstaates, des Rechtsstaates und des Sozialstaates und deren Konkretisierungen in den Abs. 2 und 3. Das Widerstandsrecht in Art. 20 IV GG nimmt dagegen am Schutz des Art. 79 III GG nicht teil, weil es erst 1968 in das Grundgesetz aufgenommen worden ist; Art. 79 III

GG hierauf auszudehnen, würde eine inhaltliche Änderung dieser Norm bedeuten, die gerade ausgeschlossen sein soll.

Dass das Grundgesetz selbst klaren politischen Mehrheiten rechtliche Schranken setzt, hat zwei in der deutschen Verfassungsgeschichte liegende Ursachen. Art. 79 III GG ist zum einen eine Reaktion auf die scheinbar legale Machtergreifung der Nationalsozialisten durch das Ermächtigungsgesetz vom März 1933. Das Ermächtigungsgesetz war ein verfassungsänderndes Gesetz, durch welches unter scheinbarer Beachtung ihres Art. 76 die Weimarer Reichsverfassung außer Kraft gesetzt und die nationalsozialistische Diktatur installiert wurde. Die Weimarer Reichsverfassung ist also mit dem von ihr selbst vorgesehenen Mittel der Verfassungsänderung abgeschafft worden. Dem wollte das Grundgesetz einen Riegel vorschieben. Art. 79 III GG schließt es aus, dass die freiheitlich-demokratische Grundordnung des Grundgesetzes durch verfassungsänderndes Gesetz abgeschafft wird. Selbst und gerade für klare politische Mehrheiten richtet die Norm eine unübersteigbare Hürde auf. Der Sinn der Vorschrift liegt darin zu verhindern, dass die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz auf dem Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt werden kann. Die in Art. 79 III GG geschützten Verfassungsgrundsätze können durch Verfassungsänderung nicht abgeschafft werden, sondern nur durch Revolution. Die zweite verfassungshistorische Ursache für Art. 79 III GG ist der maßgebende Einfluss der westalliierten Siegermächte beim Zustandekommen des Grundgesetzes. Diese sahen im Föderalismus ein Mittel, um Deutschland zu schwächen und um einen Rückfall in eine Diktatur zu verhindern. So ist zu erklären, dass Art. 79 III GG föderalen Verfassungsprinzipien einen starken Schutz angedeihen lässt. Zwar ist das Bundesstaatsrecht nicht unwichtig; es überrascht aber doch, dass es im Text von Art. 79 III GG breiteren Raum einnimmt als andere Verfassungsaussagen.

Verfassungsänderungen, die gegen Art. 79 III GG verstoßen, sind verfassungswidrig. Man kann insoweit von verfassungswidrigem Verfassungsrecht sprechen. Hierzu gibt es eine Leitentscheidung des BVerfG, die Abhörentscheidung, E 30, 1.

**Sachverhalt:** 1968 wurde Art. 10 II 2 in das Grundgesetz eingefügt. Zum Zwecke des Staats- und Verfassungsschutzes wird es dadurch erlaubt, in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis einzugreifen, wobei der Eingriff dem Betroffenen nicht mitgeteilt werden muss und an die Stelle einer gerichtlichen Überprüfung die Überprüfung durch ein

parlamentarisches Kontrollgremium tritt.

**Rechtliche Problematik:** Gegen diese Verfassungsänderung ist der Vorwurf erhoben worden, sie beeinträchtige das Rechtsstaatsprinzip, das von Art. 79 III GG gegen jede Beeinträchtigung geschützt werde. Dem ist das BVerfG entgegengetreten. Das Rechtsstaatsprinzip sei in Art. 20 GG nicht in seiner ganzen Breite niedergelegt. Insbesondere die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes ergebe sich nicht aus Art. 20 I, sondern aus Art. 19 IV, dessen Satz 3 auf Art. 10 II 2 Bezug nimmt. Art. 79 III GG müsse wegen seiner weitreichenden Wirkungen eng ausgelegt werden. Er dürfe jedenfalls nicht dazu führen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber gehindert werde, auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren. So hindere die Gewaltenteilung den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht, exekutive Maßnahmen statt durch Gerichte durch ein parlamentarisches Gremium kontrollieren zu lassen. Die Gewaltenteilung werde unter dem Grundgesetz nämlich nicht starr praktiziert.

Über einen Verstoß gegen Art. 79 III GG ist in neuerer Zeit in zwei Zusammenhängen nachgedacht worden. Es ist die These vertreten worden, dass Art. 143 III GG verfassungswidriges Verfassungsrecht sei, weil er eine Rückgängigmachung der Enteignungen ausschließt, die in der Zeit von 1945 bis 1949 auf dem Gebiet der späteren DDR vorgenommen worden sind. Dem ist das BVerfG klar entgegen getreten (E 84, 90, 119 ff.). Noch nicht ausdiskutiert ist die Frage, welche Grenzen Art. 79 III GG der europäischen Integration setzt. Der einflussreiche Verfassungsrichter Kirchhof vertrat die These, dass Art. 79 III GG, indem er die Bundesstaatlichkeit, die Rechtsstaatlichkeit, die Sozialstaatlichkeit usw. schütze, implizit auch die deutsche Staatlichkeit vor einer Auszehrung durch die Übertragung immer weiterer Aufgaben und Befugnisse auf die Europäische Union schütze. Die Gründung eines europäischen Bundesstaates sei darum mit Art. 79 III GG unvereinbar. Dementsprechend, aber abgeschwächt lautet der 1. Leitsatz der Maastricht-Entscheidung des BVerfG (E 89, 155): Die durch Wahl bewirkte Legitimation und Einflussnahme des Bürgers auf die Ausübung von Staatsgewalt dürfe nicht durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages entleert werden. Ich halte die Position von Kirchhof nicht für richtig. Art. 79 III GG steht einem europäischen Bundesstaat nicht entgegen, sofern Freiheit und Wohl der Bürger darin ebensogut wie durch einen Nationalstaat sichergestellt werden können. Die These, Art. 79 III GG entziehe das Nationalstaatsprinzip jeder Verfassungsänderung, ist mit dessen Entstehungsgeschichte unvereinbar, ja stellt diese auf den Kopf. Wie die Garantie der Menschenwürde belegt, die am Anfang des Grundgesetzes

steht, sichert dieses nicht eine deutsche Staatlichkeit, sondern ein Gemeinwesen im Interesse der Bürger.

## **II. Die streibare Demokratie**

Art. 79 III GG ist eine von mehreren Vorschriften, in denen sich das vom Grundgesetz verfasste Gemeinwesen als eine streitbare oder wehrhafte Demokratie zu erkennen gibt. Streitbarkeit oder Wehrhaftigkeit bedeuten, dass ein Missbrauch der grundrechtlichen Freiheiten und der staatlichen Befugnisse zur Bekämpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes ausgeschlossen sein soll. Freiheitlich-demokratische Grundordnung ist eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit. Zu ihren grundlegenden Prinzipien sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition (BVerfGE 2, 1).

Die neben Art. 79 III GG anderen Vorschriften, aus denen sich die Streitbarkeit der Demokratie des Grundgesetzes ergibt, sind:

(1) Art. 9 II und 21 II GG, die das Verbot von Vereinen und Parteien betreffen. Nach Art. 9 II GG sind Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, verboten. Je nachdem, ob die Vereinigung nur in einem Bundesland oder darüber hinaus aktiv ist, entscheidet über das Verbot der jeweilige Landes- oder der Bundesinnenminister. Politische Parteien werden im Verhältnis zu sonstigen Vereinigungen privilegiert. Sie können nur vom BVerfG verboten werden, wobei die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Verbot enger gefasst sind und die Verbotsentscheidung konstitutiv, nicht bloß deklaratorisch wirkt.

(2) Nach Art. 18 GG verwirkt die darin genannten Grundrechte, wer diese zum Kampfe gegen

die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht. Die Verwirkung ist ebenfalls einer Entscheidung des BVerfG vorbehalten. In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist eine solche Verwirkungsentscheidung noch nicht ergangen.

(3) Art. 33 V GG schützt die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Hierzu gehört auch die Pflicht der Beamten zur Verfassungstreue. Der Zugang zum öffentlichen Dienst darf demnach Personen versagt werden, die sich in verfassungsfeindlichen Parteien aktiv betätigen. Ob diese Parteien nach Art. 21 II GG verboten sind oder nicht, spielt keine Rolle, weil Verfassungstreue mehr ist als fehlende Verfassungsfeindschaft und weil es keinen Grund gibt, Bewerber für den öffentlichen Dienst, die Mitglied einer verfassungsfeindlichen Partei sind, gegenüber anderen zu bevorzugen; der Schutz des Art. 21 II GG kommt nur der Partei zu, nicht ihren Mitgliedern im Hinblick auf die Einstellung in den öffentlichen Dienst. Hierzu BVerfGE 39, 334 (358 ff.).

(4) Verletzt der Bundespräsident vorsätzlich oder verletzt ein Bundesrichter vorsätzlich oder fahrlässig das Grundgesetz, so kann gegen ihn Anklage mit dem Ziel der Amtsenthebung erhoben werden (Art. 61 und 98 II GG). Beim Bundespräsidenten und bei Bundesrichtern besteht diese Möglichkeit als Ausgleich dafür, dass sie keiner parlamentarischen Verantwortlichkeit unterliegen und grundsätzlich unabsetzbar sind. Beim Bundeskanzler oder bei Bundesministern ist dies nicht erforderlich wegen der hier bestehenden parlamentarischen Kontrolle. Von beiden Regelungen musste noch nie Gebrauch gemacht werden.

(5) Gemäß Art. 73 Nr. 10 b) GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung für den Verfassungsschutz, d.h. zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes. Zu diesem Zweck sind das Bundesamt für Verfassungsschutz, der Bundesnachrichtendienst und der Militärische Abschirmdienst der Bundeswehr gegründet worden. Diese werden gemäß Art. 87 I 2 GG (der MAD gemäß Art. 87a GG) in bundeseigener Verwaltung geführt. Das Bundesamt für Verfassungsschutz ist eine Bundesoberbehörde, die sich gegen verfassungsfeindliche Bestrebungen in Deutschland richtet; der BND dagegen betreibt, ebenfalls als Bundesoberbehörde, nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung.

(6) Art. 10 II 2 GG lässt zum Zwecke des Verfassungsschutzes Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis zu. Diese müssen dem Betroffenen nicht mitgeteilt werden. An die Stelle gerichtlichen Rechtsschutzes tritt eine parlamentarische Kontrolle.

(7) Gemäß Art. 91 I GG können in einem Bundesland zur Abwehr drohender Gefahren für seinen Bestand oder für die freiheitliche demokratische Grundordnung Polizeikräfte anderer Länder sowie Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen und des Bundesgrenzschutzes eingesetzt werden. Als äußerstes Mittel zum Verfassungsschutz, insbesondere zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer erlaubt Art. 87a IV GG den Einsatz der Bundeswehr.

### **III. Die Bundeswehr**

Die Bundeswehr ist seit etwa 10 Jahren mit Auslandseinsätzen immer stärker in den Medien. Gegenwärtig befinden sich ca. 9000 Soldaten im Auslandseinsatz. Am Anfang dieser Entwicklung hat eine Entscheidung des BVerfG gestanden, die langjährige Zweifel an der Zulässigkeit von Bundeswehreinsätzen außerhalb der NATO ausgeräumt hat (dazu unten 2.). Vor dieser Entscheidung sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundeswehr zu schildern (dazu 1.). Sodann wird auf die aktuelle Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz eingegangen (dazu 3.). Den Abschluss bildet ein kurzer Blick auf die sog. Notstandsverfassung (Abschnitt Xa. des Grundgesetzes) (dazu 4.).

#### **1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen**

Das Grundgesetz fasst die Bundeswehr zunächst als ein föderales Problem auf und weist dem Bund die Kompetenz zur Aufstellung von Streitkräften in Art. 87a und die Kompetenz zur Errichtung einer Bundeswehrverwaltung in Art. 87b GG zu. Art. 87a I GG begründet aber nicht nur eine Kompetenz, also ein Recht des Bundes, sondern auch eine Pflicht; die Vorschrift wird als die wichtigste Grundlage für die auch in anderen Normen des Grundgesetzes zum Ausdruck kommende Grundentscheidung für die wirksame militärische Landesverteidigung angesehen. Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr haben damit verfassungsrechtlichen Rang, was der Politik zwar einen weiten Gestaltungsspielraum lässt, aber dem „Sparen“ doch äußerste Grenzen setzt.

##### **a) Der Einsatz der Streitkräfte**

Für den Einsatz der Streitkräfte enthält das Grundgesetz zahlreiche weitere Regeln, die

zwischen einem Einsatz im Innern und einem Einsatz im Ausland differenzieren (bei aller Problematik der Differenzierung zwischen Innen und Außen im militärischen Bereich). Für beide Bereiche wichtig ist die Grundaussage in Art. 87a II GG, der den Einsatz der Streitkräfte nur zur Verteidigung und zu anderen im Grundgesetz ausdrücklich zugelassenen Zwecken erlaubt. Diese Norm, die den Missbrauch des Machtinstruments Streitkräfte verhindern will, war Gegenstand heftiger verfassungsrechtlicher Auseinandersetzungen. Zu ihrem Verständnis sei eines vorweggeschickt: Verteidigung in Art. 87a II ist weiter zu verstehen als Verteidigungsfall in Art. 115a I GG, also ein tatsächlicher oder unmittelbar drohender Angriff auf das Bundesgebiet mit Waffengewalt.

Im Innern ist ein Einsatz von Streitkräften zulässig:

- (1) gemäß Art. 87a III GG im Verteidigungsfall zum Schutz ziviler Objekte und zur Verkehrsregelung,
- (2) gemäß Art. 87a IV GG bei inneren Unruhen subsidiär, wenn Polizei und Bundesgrenzschutz der Lage nicht Herr werden, zum Objektschutz und zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer,
- (3) gemäß Art. 35 II 2 und III GG zur Unterstützung bei Naturkatastrophen oder Unglücksfällen.
- (4) gemäß Art. 9 III 3 GG dürfen Streitkräfte nicht gegen legale Arbeitskämpfe eingesetzt werden. In dieser an sich selbstverständlichen Regelung spiegelt sich ein Misstrauen der Gewerkschaften gegen Streitkräfte.

Für Auslandseinsätze ist zu beachten:

- (1) Das Verbot des Angriffskrieges (Art. 26 I GG).
- (2) Die Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten, hier der Befehls- und Kommandogewalt über deutsche Truppen, auf ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit, konkret der NATO. Die NATO unterscheidet sich von anderen Internationalen Organisationen wie Internationaler Währungsfonds oder UNESCO dadurch, dass sie staatliche Entscheidungsbefugnisse von ihren Mitgliedern übertragen bekommen hat und selbst ausübt.

## **b) Personal und Organisation der Streitkräfte**

Für das Personal und die Organisation der Streitkräfte sind weitere verfassungsrechtliche Regelungen von Bedeutung:

(1) Wehrdienst und ziviler Ersatzdienst finden in Art. 12a GG eine Grundlage, die mit sechs Absätzen hypertroph ist; man kann sicher nicht sagen, dass Wehr- und Ersatzdienst wichtiger sind als die gesamte übrige Berufswelt, für deren Regelung das Grundgesetz in Art. 12 nicht sechs, sondern nur drei Absätze benötigt. Politisch wichtig ist derzeit das zweite Wort in Art. 12a GG: „Können“ bedeutet, dass es im Ermessen des Gesetzgebers liegt, ob er sich für eine Wehrpflicht- oder für eine Berufsarmee entscheidet. Diese Alternative ist eine politische, keine verfassungsrechtliche Frage. (Rechts-)politisch wichtig ist weiter das Wort „Männer“; Frauen sind danach verfassungsrechtlich vom Dienst in den Streitkräften – auch außerhalb von Sanitätswesen und Militärmusik – nicht ausgeschlossen; sie können nur zu einem solchen Dienst nicht verpflichtet werden.

(2) Soldaten stehen in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, das dem Beamtenverhältnis ähnelt, aber wie das Richterverhältnis vom Beamtenverhältnis unterschieden werden muss. Mit dieser Maßgabe findet auf das Soldatenverhältnis Art. 33 GG Anwendung.

(3) Für die Belange der Verteidigung hat der Bund im Verhältnis zu den Ländern besondere Kompetenzen. Zu nennen sind vor allem die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Verteidigung (Art. 73 Nr. 1 GG) [Problemfall: Rechtfertigt diese Kompetenz die Errichtung von Bundeswehrhochschulen, die in die Hochschulkompetenz der Länder eingreift], die Verwaltungskompetenz für Bundeswehr und Bundeswehrverwaltung in Art. 87a und Art. 87b, die Rechtsprechungskompetenz für Wehrdisziplinar- und Wehrstraferichte in Art. 96 II / IV GG.

(4) Die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte liegt gemäß Art. 65a GG in Friedenszeiten beim Bundesminister der Verteidigung. Gemäß Art. 115b GG soll sie in Kriegszeiten auf den Bundeskanzler übergehen. Die Befehls- und Kommandostrukturen in der Bundeswehr sind in einer Rechtsverordnung geregelt, die ihre Grundlage im Soldatengesetz findet.

(5) Den parlamentarischen Einfluss auf die Streitkräfte sichert u.a. Art. 87a I 2 GG, wonach

zahlenmäßige Stärke und Grunzüge der Organisation der Bundeswehr sich aus dem Haushaltsplan ergeben. Der Haushaltsplan wird grundsätzlich jährlich von Bundestag und Bundesrat durch Gesetz festgestellt (Art. 110 II 1 GG).

## **2. Die Entscheidung des BVerfG zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr**

Bis zu der Entscheidung des BVerfG vom Juli 1994 (E 90, 286) sind Auslandseinsätze der Bundeswehr wie wir sie heute kennen, z.B. in Afghanistan, in Bosnien oder im Kosowo, für verfassungswidrig gehalten worden, so dass Deutschland sich an ihnen nicht beteiligen konnte. Die Argumentation verlief so: (1) Verteidigung in Art. 87a II ist gleichzusetzen mit Verteidigungsfall in Art. 115a I GG, also einem bewaffneten Angriff auf das Bundesgebiet. (2) Da es darum bei Auslandseinsätzen in aller Regel nicht geht, können sie nur nach der 2. Alternative von Art. 87a II zulässig sein, also wenn das Grundgesetz sie ausdrücklich zulässt. (3) Hier kommt nur Art. 24 II GG in Betracht, der von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit spricht, also von Militärbündnissen. Militärbündnis ist die NATO, nicht aber die UNO. Weiterhin ist auch bei der NATO ein Einsatz nur im Umfang der Einordnung und der Einwilligung möglich, also nur im Rahmen des NATO-Vertrags. Sog. „out of area“-Einsätze außerhalb des NATO-Vertragsgebietes seien also nicht mehr gedeckt. (5) Für sie bleibt es bei dem Verbot in Art. 87a II GG.

Dem hat das BVerfG in seiner Entscheidung, die die Einsätze in Somalia und Bosnien-Herzegowina betraf, sich schon im Grundsatz nicht angeschlossen. Zwar lässt das Gericht die Frage, wie Art. 87a II GG zu interpretieren sei, letztlich offen (S. 355). Aus der Tatsache, dass die Vorschrift erst 1968 in das Grundgesetz eingefügt worden ist, leitet es aber ab, dass sie Handlungsoptionen und Mitwirkungsmöglichkeiten, die seit 1949 über Art. 24 II GG eröffnet seien, nicht beschränke. Auch Art. 24 II GG wird anders interpretiert. System gegenseitiger kollektiver Sicherheit wird unabhängig von professoralem Streit darüber, ob der potentielle Angreifer Mitglied sein muss (S. 345), gemäß dem Systemzweck auf NATO und UNO erstreckt. „Ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit sei dadurch gekennzeichnet, dass es durch ein friedenssicherndes Regelwerk und den Aufbau einer eigenen Organisation für jedes Mitglied einen Status völkerrechtlicher Gebundenheit begründet, der wechselseitig zur Wahrung des Friedens verpflichtet und Sicherheit gewährt. Ob das System dabei ausschließlich oder vornehmlich unter den Mitgliedstaaten Frieden garantieren oder bei

Angriffen von außen zum kollektiven Beistand verpflichtet soll, ist unerheblich.“ Die Tatsache, dass die UNO kein eigenes militärisches Potential hat und zu Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten gezwungen ist, führt das BVerfG nicht zu der Annahme, solche Verhandlungen mündeten in völkerrechtliche Verträge, die nur mit Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften in Gesetzesform zulässig sind (S. 357 – 381). Dies lässt der Bundesregierung weite Handlungsoptionen.

Diese können in zwei Richtungen eingeschränkt werden. Es sei Sache des Gesetzgebers, für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte die Form und das Ausmaß parlamentarischer Mitwirkung näher auszugestalten. Das ist seit 1994 nicht geschehen, weil ein Entsendegesetz wohl zu unflexibel wäre, um auf ständig unterschiedliche Lagen zu reagieren. Praktisch relevant ist dagegen die Forderung des Gerichts, für den Einsatz die grundsätzlich vorherige konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen.

Für diese Forderung, die die Kompetenz der Bundesregierung einschränkt und die mit dem Gedanken eines „Parlamentsheeres“ (S. 382; ohne Anführungszeichen in E 108, 34, 44) umschrieben wird, ist das BVerfG kritisiert worden, weil es für den Zustimmungsvorbehalt keine ausdrückliche Grundlage im Grundgesetz gibt. Das Gericht begründet sie mit der deutschen Verfassungstradition und zahlreichen Vorschriften, welche den Einsatz von Streitkräften von einer Zustimmung des Parlamentes abhängig machen. Keine dieser Vorschriften ist zwar unmittelbar einschlägig. Ihnen könne aber ein allgemeiner Gedanke entnommen werden, der sich auf den Auslandseinsatz übertragen lasse. Als solche Vorschriften nennt das BVerfG Art. 45a II 1, der dem Verteidigungsausschuss die Rechte eines Untersuchungsausschusses gibt, Art. 45b, der mit dem Wehrbeauftragten den Bundestag unter besondere parlamentarische Kontrolle stellt, Art. 87a I 2, der die Bundeswehr der Budgethoheit des Parlaments unterstellt, Art. 115a I 1, der die Feststellung des Verteidigungsfalles grundsätzlich Bundestag und Bundesrat überantwortet, Art. 87a IV 2, wonach der Einsatz von Streitkräften gegen Aufständische einzustellen ist, wenn Bundestag oder Bundesrat es verlangen. Art. 35 III 2 GG, der dem Bundesrat eine vergleichbare Kompetenz bei der Katastrophenhilfe durch die Bundeswehr gibt.

Gegen den Zustimmungsvorbehalt ist eingewandt worden, er beeinträchtige die Wehr- und Bündnisfähigkeit Deutschlands. Das BVerfG betont allerdings, das dürfe nicht passieren. Diese Einschränkung betrifft insbesondere die Konkretetheit der Zustimmung. Hier muss Spielraum für die Bundeswehr sein und darf ein Gegner deren Verhalten nicht schon anhand

der Zustimmung kalkulieren können.

Wie begründet die geschilderte Befürchtung ist, zeigt eine Entscheidung, die das BVerfG Ende März 2003 im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu fällen hatte (E 108, 34). Die FDP-Fraktion des Bundestages hatte beantragt, die deutschen Soldaten von in die Türkei verlegten AWACS-Aufklärungsflugzeugen abzuziehen, bis in Karlsruhe darüber entschieden sei, ob ihre Beteiligung wegen der Gefahr, dass Deutschland in den 2. Irakkrieg hineingezogen wird, einer Zustimmung des Bundestages bedürfe. Dem hat sich das BVerfG in der im Rahmen von Verfahren nach § 32 BVerfGG gebotenen Güterabwägung nicht angeschlossen. Diese Güterabwägung erfolgt als Interessenabwägung, bei der es auf die juristischen Erfolgsaussichten nicht ankommt. Das BVerfG hat sich darauf zurückgezogen, dass für eine einstweilige Anordnung die Interessen des Bundestages deutlich überwiegen müssen. Dem stehe die außen- und sicherheitspolitische Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland entgegen.

### **3. Luftsicherheitsgesetz**

Bei der aktuellen Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz begegnet wieder die Tendenz, alles Militärische unter einen Generalverdacht des Verfassungswidrigen zu stellen. Doch auch hier dürfte dieser Verdacht unbegründet sein. In der Sache geht es um Folgendes: Das Luftsicherheitsgesetz will die Bundesrepublik Deutschland gegen terroristische Anschläge wie am 11. September 2001 in New York schützen. Zu diesem Zweck wird am Luftwaffenstützpunkt Kalkar ein Nationales Lage- und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum errichtet, in dem seit Oktober 2003 Bundeswehr, Bundesgrenzschutz und Deutsche Luftsicherung den gesamten zivilen Luftverkehr über Deutschland im Hinblick auf terroristische Bedrohungen überwachen. Weiterhin sieht das Gesetz vor, dass die Streitkräfte in einem gestuften Verfahren im Luftraum Flugzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen und schließlich auch Waffen einsetzen können. Verfassungsrechtlich ist das Gesetz unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Soweit es um den Abschuss verdächtiger Flugzeuge geht, stellt sich die Frage nach der Bedeutung des Grundrechts auf Leben, in das eingegriffen wird (hierzu etwa Baumann, DÖV 2004, 853). Soweit es um den Einsatz der Bundeswehr im Innern geht, stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zur Polizei (dazu Soria, DVBl. 2004, 597). Nur der zweite Punkt soll hier

interessieren.

Art. 87a II GG ist der Grundsatz zu entnehmen, dass Bundeswehr, also Militär, und Polizei klar getrennt sein sollen. Anknüpfungspunkt ist vor allem das Wort „nur“. Dieser Grundsatz wird historisch begründet; er soll Machtmissbrauch verhindern und innenpolitische Neutralität der Streitkräfte gewährleisten. Bei der europäischen Integration sorgt er zunehmend für Probleme, weil wichtige EU-Partner ihn nicht kennen; so sind die französische Gendarmerie, die italienischen Carabinieri oder die spanische Guardia Civil militärische Verbände. Der Grundsatz schließt nicht alle Verwendungen der Bundeswehr im Innern aus, die durch das Grundgesetz nicht ausdrücklich zugelassen sind, sondern Verwendungen, die Einsatz sind. Einsatz meint den Einsatz militärischer Gewalt. Kein Einsatz und ohne grundgesetzliche Ermächtigung zulässig ist darum die Verwendung der Bundeswehr zu Repräsentationszwecken, das Aufspüren und Beseitigen von Kampfstoffen oder das Suchen nach vermissten Personen, Letzteres auch mit Flugzeugen der Luftwaffe. Ist die Grenze des Einsatzbegriffes erreicht, wie im Fall des Luftsicherheitsgesetzes, so bleiben zwei Möglichkeiten der Rechtfertigung. Zum einen kann man von einem Unglücksfall im Sinne von Art. 35 III 1 GG ausgehen; dagegen spricht, dass Unglück kein vorsätzlich herbeigeführtes Ereignis ist und dass „gefährdet“ zeitliche Nähe voraussetzt, die keine permanente Luftraumüberwachung rechtfertigt. Zum anderen kann man sagen, dass nur Fälle von solchem Ausmaß und solcher Bedeutung erfasst sein sollen, die unter den Begriff „Verteidigung“ fallen. Dafür spricht, dass nach dem 11. September 2001 die NATO den Bündnisfall ausgerufen hat und dass diesem Anschlag effektiv nur noch mit militärischen, nicht mehr mit polizeilichen Mitteln hätte begegnet werden können.

#### **4. Die Notstandsverfassung**

Eng mit den verfassungsrechtlichen Regeln über die Bundeswehr verbunden ist die sog. Notstandsverfassung. Darunter versteht man Regeln, die für den Notstand, insbesondere für den Fall eines bewaffneten Angriffs auf das Bundesgebiet, verfassungsrechtliche Regeln, die in Friedenszeiten sinnvoll sind, vereinfachen, weil sie für Kriegszeiten zu kompliziert sind. So sehen die Art. 115d bis 115e GG für das Gesetzgebungsverfahren Vereinfachungen vor, die bis zur Ersetzung von Bundestag und Bundesrat durch einen Gemeinsamen Ausschuss reichen. Einschlägig sind insbesondere die Art. 115a bis Art. 115l und 53a GG. Diese

Regelungen sind 1968 in das Grundgesetz gekommen und waren damals ein Anlass für die Studentenproteste, die an dieser Freien Universität besonders lebhaft waren. Während damals sicher alle Studenten die genannten Vorschriften gelesen haben, finden sie heute selbst bei FU-Studierenden kein besonderes Interesse, so dass auch ich mich hier kurz fasse. Das mangelnde Interesse liegt darin begründet, dass diese Vorschriften in gut dreißig Jahren noch nie angewandt worden sind und auf absehbare Zukunft auch nicht angewandt werden müssen. Schlüsselbegriffe für ihre Anwendbarkeit sind Verteidigungsfall und Spannungsfall. Der Verteidigungsfall liegt vor, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht (Art. 115a I 1 GG). Der Spannungsfall liegt im zeitlichen Vorfeld vor, wenn sein Eintritt vom Bundestag festgestellt worden ist (Art. 80a I 1 GG).