

# Die NATO und das Verfassungsrecht: neues Konzept – alte Fragen

Heiko Sauer\*

## I. Einleitung

Es hätte ein Paukenschlag werden können. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Chance zu einer grundlegenden Neuorientierung seiner Rechtsprechung im Bereich der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge und zu einer Stärkung der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der auswärtigen Gewalt.

Dazu ist es jedoch nicht gekommen. Das Bundesverfassungsgericht bleibt in seinem Urteil vom 22. November 2001 zum neuen Strategischen Konzept der NATO<sup>1</sup> seiner rechtlichen Linie treu und vermeidet damit politischen Ärger. Die PDS unterliegt, die Bundesregierung erhält grünes Licht für die Weiterentwicklung der NATO – *business as usual*?

Das Gericht hatte im Rahmen eines Organstreitverfahrens über einen Antrag der PDS-Bundestagsfraktion zu entscheiden, die nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG in Prozessstandschaft Rechte des Bundestags geltend machte<sup>2</sup>. Sie hatte die Feststellung beantragt, dass die Bundesregierung mit ihrer Zustimmung zu den Beschlüssen über das neue Strategische Konzept der NATO vom 23./24. April 1999<sup>3</sup> Rechte des Bundestags verletzt habe, weil das verfassungsmäßig vorgeschriebene Zustimmungsverfahren beim Bundestag nicht eingeleitet worden sei. Das Bundesverfassungsgericht hat den Antrag mit der Feststellung, dem Grundgesetz sei kein Recht des Bundestags auf Beteiligung an der Entscheidung über das neue Strategische Konzept der NATO zu entnehmen, zurückgewiesen.

Das Gericht hatte sich bereits mehrfach mit verfassungsrechtlichen Fragen zu befassen, die aus der NATO-Mitgliedschaft der Bundesrepublik resultierten. Von herausragender Bedeutung sind hier die Urteile des Gerichts zum NATO-Doppelbeschluss (*Nachrüstungsurteil*) vom 18. Dezember 1984<sup>4</sup> und zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr vom 12. Juli 1994<sup>5</sup>. Es

---

\* Zugleich eine Besprechung des Urteils des BVerfG vom 22.11.2001. Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. R. Alexander Lorz, LL.M.).

Herzlicher Dank gilt Herrn Professor Lorz für die freundliche Unterstützung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvE 6/99 vom 22.11.2001; das Urteil ist im Volltext verfügbar unter <http://www.bverfg.de>.

<sup>2</sup> Zur Antragsberechtigung von Fraktionen im Organstreit grundlegend BVerfGE 2, 143 (160); BVerfGE 67, 100 (125).

<sup>3</sup> Abgedruckt im Bulletin Nr. 24 vom 3.5.1999 (Presse- und Informationsamt der Bundesregierung), 222-232; auch abrufbar unter <http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065d.htm>.

<sup>4</sup> BVerfGE 68, 1-111.

ging auch in diesen Verfahren – unter anderem – um die Frage der Beteiligungsrechte des Bundestags, die von den Antragstellern als verletzt gerügt wurden. Dabei fanden die Kontroversen in der Bevölkerung zu den gesellschaftspolitisch bedeutsamen Fragen jeweils ihre Entsprechung im Senat. War noch im *Nachrüstungs-Urteil* der Richter Mahrenholz mit seiner Wertung im Sinne der Antragstellerin (Fraktion “DIE GRÜNEN” im Bundestag) isoliert<sup>6</sup>, so war der Senat im Verfahren zu den Bundeswehreinräsen hinsichtlich der Frage der Parlamentsbeteiligung an den Erweiterungen der ursprünglichen Konzepte von NATO und WEU<sup>7</sup> gänzlich gespalten, sodass nach § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG ein Verfassungsverstoß nicht festgestellt werden konnte<sup>8</sup>.

Auch das aktuelle Urteil hatte sich wieder im Kern mit der Frage auseinander zu setzen, wie weit sich eine Internationale Organisation, an deren Gründung der Bundestag nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG beteiligt war, unter Beteiligung der Bundesregierung fortentwickeln darf, ohne dass erneut verfassungsrechtlich die Zustimmung des Parlaments eingeholt werden muss. Diese Frage wird im folgenden am Beispiel des neuen Strategischen Konzepts der NATO erörtert werden. Dabei wird sich zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht aus der Völkerrechtswirklichkeit noch nicht die richtigen verfassungsrechtlichen Schlüsse zieht.

## II. Die NATO und ihr neues Strategisches Konzept

Die NATO ist als Verteidigungsbündnis konzipiert worden. Neben Bekenntnissen zum Frieden und zu den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen in der Präambel steht der sog. Bündnisfall – der am 2. Oktober 2001 zum ersten Mal in der Geschichte der NATO in Reaktion auf die Terroranschläge in den USA vom 11. September 2001 festgestellt wurde – im Mittelpunkt des Vertragswerkes: Nach Art. 5 des Vertrages vereinbaren die Parteien, “dass ein bewaffneter Angriff gegen eine oder mehrere von ihnen in Europa oder in Nordamerika als ein Angriff gegen sie alle angesehen wird”. Aus dem Bündnisfall folgt eine Beistandspflicht der Mitgliedstaaten, wobei allerdings diesen die Entscheidung darüber verbleibt, welche Maßnahmen in Erfüllung dieser Beistandspflicht getroffen werden; eine völkerrechtliche Pflicht zur Beteiligung an Militäreinsätzen zur Verteidigung kennt das NATO-Recht also nicht.

<sup>5</sup> BVerfGE 90, 286-390 (oft auch als AWACS-Entscheidung bezeichnet).

<sup>6</sup> S. hierzu das Sondervotum des Richters Mahrenholz in BVerfGE 68, 111-132.

<sup>7</sup> Diese Frage ist zu trennen von dem Problem der Beteiligung des Parlaments an der Entsendung deutscher Truppen ins Ausland, die ebenfalls Gegenstand des Verfahrens war. Der Senat hat hinsichtlich dieser Frage aus der Wehrverfassung einstimmig einen konstitutiven Parlamentsvorbehalt abgeleitet, BVerfGE 90, 286 (381-390).

<sup>8</sup> Die Ausführungen der vier Richter, die die Entscheidung tragen, finden sich in BVerfGE 90, 286 (359-372), im Anschluss daran die Auffassung der vier Richter, die die Entscheidung in diesem Punkt nicht tragen (BVerfGE 90, 286 [372-378]).

Mit dem Ende des Kalten Krieges setzten in der NATO Diskussionen über die Zukunft des Bündnisses ein, da die primäre Aufgabe der Verteidigung und Abschreckung gegenüber dem ehemaligen Ostblock weggefallen war. Mit der Londoner Erklärung vom 6. Oktober 1990<sup>9</sup> beschlossen die im Nordatlantikat versammelten Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, eine umfassende Neugestaltung des Bündnisses einzuleiten. So kam es bereits im November 1991 zu einem neuen Strategischen Konzept<sup>10</sup>, das zwar einen "breit angelegten sicherheitspolitischen Ansatz" propagierte, sich aber über konkrete Maßnahmen des Bündnisses zur Reaktion auf derartige sicherheitspolitische Risiken ausschieg. Auf der Basis dieses Konzepts bekräftigten dann die Staats- und Regierungschefs der NATO im Januar 1994 ihr Angebot, "von Fall zu Fall in Übereinstimmung mit unseren eigenen Verfahren friedenswahrende und andere Operationen unter der Autorität des UN-Sicherheitsrats oder der Verantwortung der KSZE zu unterstützen"<sup>11</sup>. Infolgedessen kam es alsbald auf der Grundlage von Sicherheitsratsresolutionen zur Unterstützung mehrerer friedenswahrender Operationen, an denen sich auch deutsche Soldaten beteiligten; diese deutsche Beteiligung an den UN-mandatierten NATO-Aktionen führte zu dem bereits angesprochenen bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren von 1994.

Auf der Tagung des Nordatlantikrats am 23. und 24. April 1999 in Washington anlässlich des 50. Jahrestags der NATO haben die Staats- und Regierungschefs die "Erklärung von Washington"<sup>12</sup> betreffend den Kurs der NATO für das 21. Jahrhundert unterzeichnet und das neue strategische Konzept der NATO gebilligt. Dieses baut inhaltlich auf dem von 1991 auf; es bleibt bei einem breiten sicherheitspolitischen Ansatz, so werden z.B. "Unterdrückung, ethnische Konflikte, wirtschaftliche Not, der Zusammenbruch politischer Ordnungen sowie die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen" als komplexe neue Risiken für euro-atlantischen Frieden und Stabilität genannt<sup>13</sup>. Mit Blick auf den Bündnisfall wird festgestellt: "Im Fall eines bewaffneten Angriffs auf das Gebiet der Bündnispartner, aus welcher Richtung auch immer, finden Art. 5 und 6 des Vertrags von Washington Anwendung. Die Sicherheit des Bündnisses muss jedoch auch den globalen Kontext berücksichtigen. Sicherheitsinteressen des Bündnisses können von anderen Risiken umfassenderer Natur berührt werden, einschließlich Akte des Terrorismus, der Sabotage und des organisierten Verbrechens sowie der Unterbrechung der Zufuhr lebenswichtiger Ressourcen."<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Abgedruckt im Bulletin Nr. 90 v. 10.7.1990, 777; abrufbar unter <http://www.nato.int/docu/basicxt/b900706a.htm> (engl. Version).

<sup>10</sup> Abgedruckt im Bulletin Nr. 128 v. 13.11.1991, 1033; abrufbar unter <http://www.nato.int/docu/basicxt/b911108a.htm> (engl.).

<sup>11</sup> So die Gipfelerklärung der Staats- und Regierungschefs vom 11.1.1994; abgedruckt im Bulletin Nr. 3 v. 17.1.1994, 20; abrufbar unter <http://www.nato.int/docu/basicxt/b940111a.htm> (engl.).

<sup>12</sup> Abgedruckt im Bulletin Nr. 24 v. 3.5.1999, 221-222; abrufbar unter <http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-063d.htm>.

<sup>13</sup> Abschnitt 3 des Konzepts (Anm. 3).

<sup>14</sup> Abschnitt 24 des Konzepts, *ibid.*

Neu an dem Konzept ist allerdings, dass konkrete Perspektiven des zukünftigen Handlungsspielraums des Bündnisses gegeben werden. So findet sich folgende Kernpassage unter dem Oberbegriff "Konfliktverhütung und Krisenbewältigung": "Im Zuge ihrer Politik der Friedenserhaltung, der Kriegsverhütung und der Stärkung von Sicherheit und Stabilität – wie in den grundlegenden Sicherheitsaufgaben dargelegt – wird die NATO in Zusammenarbeit mit anderen Organisationen darum bemüht sein, Konflikte zu verhüten oder, sollte eine Krise auftreten, in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zu deren wirksamer Bewältigung beitragen, einschließlich durch die Möglichkeit der Durchführung von nicht unter Art. 5 fallenden Krisenreaktionseinsätzen. [...] Unter Berücksichtigung der Notwendigkeit von Bündnissolidarität und -zusammenhalt bleibt die Beteiligung an einer solchen Operation oder einem solchen Einsatz den Beschlüssen der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen Verfassungen vorbehalten."<sup>15</sup>

### III. Ansätze für ein Beteiligungsrecht des Parlaments an der Billigung des neuen NATO-Konzepts

#### 1. Die Billigung von Bundeswehreinsätzen, die das Grundgesetz nicht vorsieht; Wesentlichkeitstheorie

Das Beteiligungsrecht des Parlaments ist nach der Ansicht der Antragstellerin verletzt bzw. unmittelbar gefährdet, weil das neue Konzept, das die Bundesregierung gebilligt hat, auf Einsätze abziele, an denen sich die Bundeswehr nach geltender Verfassungsrechtslage nicht beteiligen dürfe, da die NATO nicht mehr strikt der Friedenswahrung verpflichtet sei. Daher drohe das Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 und 2 GG umgangen zu werden, an dem der Bundestag mitzuwirken hat<sup>16</sup>.

Auf die Wesentlichkeitstheorie hat sich die PDS-Fraktion demgegenüber nicht gestützt<sup>17</sup>. Nach dieser Theorie bedürfen die für das Gemeinwesen besonders bedeutsamen normativen Fragen, insbesondere in grundrechtsrelevanten Bereichen, der parlamentarischen Entscheidung. Diese Theorie hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsgebot in Verbindung mit dem Demokratieprinzip entwickelt<sup>18</sup>. Jedoch darf die konkrete Gewaltenteilung, wie das Grundgesetz sie konstituiert hat, nicht durch den Rekurs auf die Wesentlichkeitstheorie überspielt

<sup>15</sup> Abschnitt 31 des Konzepts, *ibid.*

<sup>16</sup> Absatz-Nr. 83 des Urteils (Anm. 1).

<sup>17</sup> Diese wird allerdings implizit zur Begründung der nach Ansicht der Antragstellerin gebotenen weiten Auslegung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG herangezogen. So heißt es in Absatz-Nr. 69 des Urteils (Anm. 1) zum Vortrag der Antragstellerin: "Die Vorschrift des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG sei im Lichte des Demokratieprinzips gem. Art. 20 Abs. 2 GG auszulegen. Danach komme dem Parlament die Entscheidungsbefugnis jedenfalls über alle für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen zu."

<sup>18</sup> S. grundlegend BVerfGE 6, 32 (42); BVerfGE 49, 89 (126-127).

werden. Daher hat auch das Bundesverfassungsgericht dem Rückgriff auf die Wesentlichkeitstheorie im Bereich der auswärtigen Gewalt im *Nachrüstungsurteil* eine klare Absage erteilt. So heißt es: “Die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allgemeinen Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden (BVerfGE 49, 89 [124 ff.]). Auch der Grundsatz der parlamentarischen Verantwortung der Regierung setzt notwendigerweise einen Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung voraus (BVerfGE 67, 100 [139]). Die Demokratie, die das Grundgesetz verfasst hat, ist eine rechtsstaatliche Demokratie, und das bedeutet im Verhältnis der Staatsorgane zueinander vor allem eine gewaltenteilende Demokratie.”<sup>19</sup> Im Anschluss daran wird festgestellt, dass die Art. 59 Abs. 2 S. 1 und 24 Abs. 1 GG für die von ihnen erfassten Sachbereiche eine abschließende Regelung enthielten, neben der sich eine Gesetzspflichtigkeit nicht selbständig aus dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit ergebe.

Dem Bundesverfassungsgericht ist in seiner Ablehnung des Rekurses auf die Wesentlichkeitstheorie im Bereich der auswärtigen Gewalt zuzustimmen. Denn auch Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, der dem Bundestag unter bestimmten Voraussetzungen Mitwirkungsbefugnisse im völkerrechtlichen Verkehr der Bundesrepublik einräumt, ist eine spezielle Ausprägung des Demokratieprinzips und konkretisiert dieses. Zudem sind in diese Norm, indem sie auf die vertragliche Regelung der – insofern besonders “wesentlichen” – politischen Beziehungen des Bundes abstellt, bereits Wertungen eingeflossen, die bei der Wesentlichkeitstheorie eine Rolle spielen<sup>20</sup>. Der Rückgriff auf diese Theorie bringt daher die Gefahr mit sich, die Voraussetzungen des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG zu umgehen, der im Falle offener Fragen nach den gängigen Topoi auszulegen ist. Ein parlamentarisches Beteiligungsrecht, das im Wege der Normauslegung nicht hergeleitet werden kann, darf nicht über ungeschriebene Verfassungsgrundsätze konstruiert werden.

Aus der Wesentlichkeitstheorie kann sich deshalb unabhängig davon, ob die neue Ausrichtung des Bündnisses eine das Gemeinwesen wesentlich berührende Frage darstellt, keine Mitwirkungsbefugnis des Bundestags an der Billigung der neuen NATO-Strategie ergeben. Aufgrund der klaren Feststellungen im *Nachrüstungsurteil* erschien wohl der Antragstellerin das Abstellen auf die Wesentlichkeitstheorie nicht mehr erfolgversprechend.

Was die vorgebrachte Umgehung eines Verfassungsänderungsverfahrens angeht, so ist vor dem Hintergrund des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts für den konkreten Einsatz<sup>21</sup>, zu dem sich die Bundesrepublik überdies nicht antizipiert verpflichtet hat, zweifelhaft, ob schon mit der Billigung einer NATO-Strategie, die Einsätze vorsieht, an denen sich die Bundeswehr *de constitutione lata* nicht beteiligen kann, die Beteiligungsrechte des Parlaments an der erforderlichen Verfas-

<sup>19</sup> BVerfGE 68, 1 (87).

<sup>20</sup> So auch U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, 219.

<sup>21</sup> S. hierzu BVerfGE 90, 286 (381-390).

sungsänderung konkret gefährdet sind. Die Frage kann aber dahinstehen, wenn eine Beteiligung der Bundeswehr an den neuen Krisenreaktionseinsätzen ohnehin verfassungsgemäß wäre.

Die Zulässigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr war bis zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1994 Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Kontroversen<sup>22</sup>. Nach Art. 87a Abs. 2 GG, der nach zutreffender herrschender Auffassung nicht lediglich den Bundeswehreinsatz im Inneren regelt<sup>23</sup>, dürfen die Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt. Eine solche ausdrückliche Zulassung hat das Bundesverfassungsgericht in Art. 24 Abs. 2 GG gesehen<sup>24</sup>. Dieser ermächtigt nicht nur zur Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit, sondern biete auch die Grundlage für einen Einsatz der Bundeswehr, der im Rahmen und nach den Regeln eines solchen Systems stattfinde. Dabei könnten auch Verteidigungsbündnisse wie die NATO Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit sein, wenn und soweit sie strikt auf die Friedenswahrung verpflichtet seien<sup>25</sup>. Deshalb finden Auslandseinsätze der Bundeswehr im NATO-Verband grundsätzlich in Art. 24 Abs. 2 GG ihre Grundlage.

Aus zwei Gründen soll aber Art. 24 Abs. 2 GG die Einsätze zur schnellen Krisenreaktion nach der Ansicht der Antragstellerin nicht mehr decken: Zum einen sei die Bindung von NATO-Aktionen an die UN-Charta (also Handeln aufgrund des Art. 51 der Charta oder unter einem Mandat des Sicherheitsrats) verfassungsrechtliche *conditio sine qua non* für die Zulässigkeit eines Bundeswehreinsatzes; zum anderen werde das Gebot der Friedenswahrung verlassen<sup>26</sup>. Beide Begründungen sind indes unzutreffend.

Dem Urteil von 1994 lagen Sachverhalte zugrunde, in denen für die streitigen Einsätze der NATO Mandate des UN-Sicherheitsrats bestanden. Auf dieses "Zusammenwirken von Sicherheitssystemen"<sup>27</sup> stellt das Gericht dann auch ausdrücklich ab. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, Art. 24 Abs. 2 GG stelle abgesehen vom Bündnisfall (dann ist auch Art. 51 der Charta einschlägig) nur dann eine Grundlage für den Bundeswehreinsatz im NATO-Verband dar, wenn zusätzlich ein Mandat des UN-Sicherheitsrats vorliegt. Indes kann eine solche Sichtweise nicht überzeugen: Da die Zulassung der Beteiligung an einem UN-mandatierten

<sup>22</sup> S. z.B. J. Wieland, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen für einen Einsatz der Bundeswehr, in: DVBl. 1991, 1174-1182; G. Gornig, Die Verfassungsmäßigkeit der Entsendung von Bundeswehrsoldaten zu "Blauhelm"-Einsätzen, in: JZ 1993, 123-128.

<sup>23</sup> So z.B. W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Art. 87a Rn. 16; E. Klein, Rechtsprobleme einer deutschen Beteiligung an der Aufstellung von Streitkräften der Vereinten Nationen, in: ZaöRV 34 (1974), 429 (432); a.A. z.B. F. Kirchhof, Bundeswehr, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. III, § 78 Rn. 29; J. Kokott, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87a Rn. 12a.

<sup>24</sup> BVerfGE 90, 286 (355-356).

<sup>25</sup> Die Frage wird auch nach dem Urteil kontrovers beurteilt; bejahend z.B. I. Pernice, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Art. 24 Rn. 56; R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, Art. 24 Rn. 63; ablehnend z.B. C.D. Classen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Art. 24 Rn. 80.

<sup>26</sup> Absatz-Nr. 83 des Urteils (Anm. 1).

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 286 (351).

Einsatz durch Art. 24 Abs. 2 GG – unter der Prämisse der AWACS-Entscheidung, dass Art. 24 Abs. 2 GG eine ausdrückliche Zulassung i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG darstellt – außer Frage steht, da jedenfalls die Vereinten Nationen unzweifelhaft ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit darstellen, wären nämlich mit der Einordnung der NATO als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit keine praktischen Konsequenzen verbunden, ja sie wäre sogar überflüssig<sup>28</sup>. Somit macht die Einordnung der NATO als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit nur dann Sinn, wenn daraus folgt, dass auch die Beteiligung an Einsätzen außerhalb des Bündnisfalls über Art. 24 Abs. 2 GG zugelassen ist. Danach ist die Übereinstimmung mit der Charta nicht verfassungsrechtlich *conditio sine qua non* für den Auslandseinsatz der Bundeswehr.

Was das Gebot der Friedenswahrung<sup>29</sup> anbetrifft, kommt es nun doch zu einer Anknüpfung an die UN-Charta: denn ein völkerrechtswidriger Einsatz dient in keinem Fall der Wahrung des Friedens. Wer gegen die Regeln verstößt, die die Völker mit der Zielsetzung des friedlichen Zusammenlebens aufgestellt haben, setzt den Frieden gerade aufs Spiel<sup>30</sup>. Das Bundesverfassungsgericht sieht aber mit der Fortentwicklung der NATO durch das neue Strategische Konzept die Zweckbestimmung des Bündnisses zur Friedenswahrung nicht als verlassen an; denn die im Konzept konkretisierten Einsatzvoraussetzungen der NATO-Streitkräfte sollten ausweislich des Wortlauts nur in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht erfolgen, sodass weder das Gewaltverbot, noch die anerkannten Voraussetzungen für den Einsatz militärischer Macht und die Proportionalität solchen Handelns in Frage gestellt würden<sup>31</sup>. Wenn auch die Denkmöglichkeit völkerrechtswidriger Einsätze angesichts der NATO-Intervention im Kosovo von 1999 – auch hier hatte die PDS-Fraktion erfolglos das Bundesverfassungsgericht angerufen mit dem Ziel, im Wege der einstweiligen Anordnung den Antragsgegnern (Bundesregierung und Bundesminister der Verteidigung) den Einsatz der Bundeswehr bei den militärischen Operationen zu untersagen<sup>32</sup> –, die vielfach als Verstoß gegen das Völkerrecht angesehen wurde<sup>33</sup>, realistischer ist als das Bundesverfassungsgericht dies mit dem bloßen Verweis auf den Text des Konzepts zuzugibt, so kann doch nicht ernst-

---

<sup>28</sup> So auch T. Stein/H. Kröniger, Bundeswehreinsatz im Rahmen von NATO-, WEU- bzw. VN-Militäraktionen, in: Jura 1995, 254 (260); G. Schulze, Deutsche Streitkräfte im Ausland, in: JR 1995, 98 (101).

<sup>29</sup> Das BVerfG erklärt einen Verstoß gegen den Zweck der Friedenswahrung nach Art. 24 Abs. 2 GG als durch den Bundestag im Organstreit rügefähig, weil dann das Integrationsprogramm überschritten sei (Absatz-Nr. 159 des Urteils [Anm. 1]).

<sup>30</sup> So auch M. Wild, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Auslandseinsätze der Bundeswehr nach dem Kosovo-Krieg, in: DÖV 2000, 622 (628).

<sup>31</sup> S. Absatz-Nr. 162 des Urteils (Anm. 1); vgl. dazu die Abschnitte 11, 15 und 31 des Konzepts (Anm. 3).

<sup>32</sup> BVerfGE 100, 266-270.

<sup>33</sup> So z.B. A. Cassese, *Ex iniuria ius oritur: are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in: EJIL 10 (1999), 23 (25); W. Hummer/J. Mayr-Singer, *Der Kosovo-Krieg vor dem Internationalen Gerichtshof*, in: NJ 2000, 113 (114).

haft behauptet werden, das Konzept sei geradezu auf völkerrechtswidrige Einsätze ausgerichtet. Somit wird die Zwecksetzung des Bündnisses zur Friedenswahrung nicht verlassen.

Folglich wäre die Beteiligung der Bundeswehr an den Einsätzen, die das neue Strategische Konzept vorsieht, verfassungsgemäß. Insofern ist der Verweis der Antragstellerin auf die Umgehung eines Verfassungsänderungsverfahrens nicht stichhaltig. So kann aus dieser Erwägung die Verletzung bzw. konkrete Gefährdung von parlamentarischen Mitwirkungsrechten nicht hergeleitet werden.

## 2. Das neue strategische Konzept als Änderungsvertrag

### a) Ansatz für das Beteiligungsrecht: Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

Wenn das neue strategische Konzept der NATO als vertragliche Neufassung bzw. Änderung des NATO-Vertrags anzusehen wäre, dann hätte der Bundestag an dieser Neufassung beteiligt werden müssen; denn nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bedürfen Verträge, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln, der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes. Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, sind solche, die nach Inhalt und Zweck "wesentlich und unmittelbar den Bestand des Staates und dessen Stellung und Gewicht innerhalb der Staatengemeinschaft oder die Ordnung der Staatengemeinschaft betreffen"<sup>34</sup>. Hierzu gehören Bündnisverträge wie der NATO-Vertrag<sup>35</sup>. Dabei bedarf auch die Änderung eines zustimmungsbedürftigen Vertrages ihrerseits parlamentarischer Zustimmung.

### b) Die Vertragsänderung nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Im Rahmen des Urteils zur Nachrüstung musste geklärt werden, ob die Zustimmungserklärung der Bundesregierung zu der Stationierung der Waffensysteme auf dem Boden der Bundesrepublik Bestandteil eines Vertragsschlusses war. Nach dem Bundesverfassungsgericht besaß die Erklärung nicht die Rechtsnatur einer selbständigen Vertragsabschlusserklärung. Dies wird nur relativ kurz mit der Feststellung "im vorliegenden Fall sind keine Anhaltspunkte oder Umstände ersichtlich, die darauf hindeuten, dass die Zustimmungserklärung der Bundesregierung darauf gerichtet gewesen wäre, zugleich einen zwei- oder mehrseitigen Vertrag über die Stationierung der in Rede stehenden Waffensysteme abzuschließen"<sup>36</sup>, abgehandelt.

<sup>34</sup> BVerfGE 1, 372 (382).

<sup>35</sup> So BVerfGE 1, 372 (381); Pernice (Anm. 25), Art. 59 Rn. 29; R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 1994, 134.

<sup>36</sup> BVerfGE 68, 1 (62).

Um neue strategische Ausrichtungen von NATO und WEU ging es demgegenüber im Verfahren von 1994. Zunächst heißt es grundsätzlich zur Abgrenzung zwischen Entwicklung und Änderung völkerrechtlicher Verträge: “Die Frage, ob ein abgestimmtes rechtserhebliches Handeln verschiedener Völkerrechtssubjekte den Charakter eines völkerrechtlichen Vertrages hat, ist allerdings wegen der Flexibilität des im völkerrechtlichen Verkehr gebräuchlichen Handlungsinstrumentariums nicht immer leicht zu beantworten. Sie wird sich indes meist anhand der von den Beteiligten in ihren Erklärungen gewählten Formulierungen entscheiden lassen; ein Vertragsabschlusswille wird von den in Betracht kommenden Vertragsparteien regelmäßig deutlich zum Ausdruck gebracht. Fehlt es daran, kann – zumal bei anders lautender Einschätzung der handelnden Exekutiven – nur in Ausnahmefällen, für deren Vorliegen es besonderer Anhaltspunkte bedarf (vgl. BVerfGE 68, 1 [82]), angenommen werden, dass konkludent ein Vertrag geschlossen wurde”.<sup>37</sup>

Sodann wurde die Frage des Vertragsabschlusswillens der beteiligten Völkerrechtssubjekte hinsichtlich der neuen strategischen Ausrichtungen von WEU und NATO einstimmig verneint.

### c) Das Urteil vom 22. November 2001

Das aktuelle Urteil setzt sich mit der Frage, ob das neue Strategische Konzept der NATO eine explizite oder konkludente Änderung des NATO-Vertrags darstellt, recht intensiv auseinander<sup>38</sup>. Die Umstände, aus denen hervorgeht, ob ein Dokument des internationalen Verkehrs einen Vertrag darstellt, werden eingehend analysiert. Zunächst spreche das Fehlen einer Ratifikationsklausel gegen einen Vertragsschlusswillen der Parteien. Demgegenüber wird durchaus eingeräumt, dass die besondere Bedeutung des neuen Konzepts für die langfristige Ausrichtung der NATO sowie die der Verabschiedung des Konzepts vorausgehenden langen und intensiven Verhandlungen auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs eher einen Vertragsschluss nahe legen<sup>39</sup>. Dagegen sprächen jedoch der Wortlaut und das hohe Maß an Flexibilität und Interpretierbarkeit des Konzepts.

Nach diesen Feststellungen zur fehlenden ausdrücklichen Vertragsänderung wendet sich das Gericht der Frage einer konkludenten Vertragsänderung<sup>40</sup> zu. Diese könne auch ohne ausdrückliche Willensbekundung erfolgen, wenn hinreichend deutliche objektive Umstände für den übereinstimmenden Willen zur Vertragsänderung sprechen. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn sich das neue Konzept in einen deutlichen Widerspruch zum bisherigen Vertrag setze oder über diesen hinausgehe. Eine solche wesentliche objektive Abänderung des NATO-Vertrags sieht das Gericht dann als nicht gegeben an, da Zweck und Wesen des

<sup>37</sup> BVerfGE 90, 286 (360-361).

<sup>38</sup> Absatz-Nr. 131-147 des Urteils (Anm. 1).

<sup>39</sup> Absatz-Nr. 136 des Urteils (Anm. 1).

<sup>40</sup> Ausführlich zum stillschweigenden Rechtsgeschäft im Völkerrecht W. Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, 1983, 273-281.

Bündnisses unverändert bleiben sollten und der Vertrag außerdem ohnehin entwicklungs offen sei<sup>41</sup>.

#### d) Würdigung

Ein völkerrechtlicher Vertrag besteht aus aufeinander bezogenen, sich deckenden, vom Völkerrecht bestimmten Willenserklärungen zwischen mindestens zwei Völkerrechtssubjekten, gerichtet auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung völkerrechtlicher Beziehungen<sup>42</sup>. Dabei ist erforderlich, dass objektiv etwas erklärt und subjektiv etwas gewollt ist. Richtig am Ansatz des Bundesverfassungsgerichts ist, dass danach gefragt wird, ob das objektiv Erklärte – das in Rede stehende Konzept – mit einem Willen zur Vertragsänderung korrespondiert. Dieser Wille kann sich aus den Umständen ergeben; so kann insbesondere von einem offensichtlichen inhaltlichen Widerspruch zum ursprünglichen Bündnisvertrag auf einen Änderungswillen geschlossen werden. Allerdings ist zu beachten, dass nach Indizien für einen Vertragsänderungswillen in den Begleitumständen nur dann gesucht werden sollte, wenn ein entgegenstehender Wille nicht auf der Hand liegt. Dies aber ist vorliegend der Fall. Zum einen ist – gerade im hochpolitischen Bereich – das Fehlen einer Ratifikationsklausel in der Tat ein starkes Indiz gegen einen Vertragsschlusswillen, da den handelnden Regierungsvertretern nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, die erforderlichen verfassungsrechtlichen Ratifikationsverfahren umgehen zu wollen. Zum anderen ergibt sich aus den Umständen der fehlende Wille zu einem Änderungsvertrag recht deutlich: Im Rahmen eines Gipfeltreffens haben die Staats- und Regierungschefs der NATO-Staaten einem Strategiepapier zugestimmt und dabei bekräftigt, Ziele und Zwecke des Bündnisses blieben die gleichen. Das sagt nichts darüber aus, ob die Handelnden nicht dennoch meinten, den Vertrag damit inhaltlich abzuändern; es zeigt aber, dass ein Änderungsvertrag gerade nicht gewollt war.

Folglich kann das neue strategische Konzept der NATO nicht als expliziter oder konkludenter Änderungsvertrag zum NATO-Vertrag angesehen werden<sup>43</sup>. Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich deshalb auch kein Beteiligungsrecht des Parlaments nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG.

<sup>41</sup> Absatz-Nr. 142-147 des Urteils (Anm. 1).

<sup>42</sup> W. Graf Vitzthum, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, 2001, 63.

<sup>43</sup> Anders insoweit E. Klein/S. Schmahl, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen, in: RuP 35 (1999), 198 (205).

### 3. Parlamentsbeteiligung an der Vertragsänderung ohne Änderungsvertrag

#### a) Ansatz des Beteiligungsrechts: erweiternde Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

Damit ist aber noch nicht abschließend festgestellt, dass sich aus Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG kein Recht des Bundestags auf Beteiligung an der Zustimmung zum neuen strategischen Konzept der NATO ergibt. Denn es erscheint nicht ausgeschlossen, dass dieser Norm Beteiligungsrechte auch über den Wortlaut hinaus zu entnehmen sind. So ist es z.B. denkbar, jede inhaltliche Abweichung vom ursprünglichen Vertragskonzept durch die Praxis der Vertragsstaaten dem Zustimmungserfordernis zu unterwerfen (Vertragsänderung ohne Änderungsvertrag). Folglich muss die Frage geklärt werden, ob und inwieweit Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG einer erweiternden Auslegung zugänglich ist.

#### b) Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zur Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

##### aa) Grundsätzliche Ablehnung einer erweiternden Auslegung

Die Frage der Erstreckung des Zustimmungserfordernisses auf nicht vertragsförmiges Handeln musste bereits im Nachrüstungsverfahren behandelt werden. Der Senat hat sie damals dezidiert verneint. Er verweist auf die Staatenpraxis, die einseitige Willenserklärungen grundsätzlich nicht einem Zustimmungserfordernis unterwerfe, und auf die Entstehungsgeschichte des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, der die Zustimmung im Gegensatz zu Art. 81 Abs. 2 des Herrenchiemsee-Entwurfs ausdrücklich auf bestimmte Arten völkerrechtlicher Verträge beschränke. Wenn auch Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG die Tendenz zur verstärkten Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt der Willensbildung im auswärtigen Bereich ausdrücke, so sei diese Mitwirkung doch gegenständlich (bestimmte Verträge) wie inhaltlich (bloße Zustimmung, keine Initiativ-, Gestaltungs- oder Kontrollbefugnis) begrenzt. Diese Begrenzung der parlamentarischen Befugnisse sei ein Element der Gewaltenteilung; denn die auswärtige Gewalt sei grundsätzlich dem Kompetenzbereich der Exekutive zugeordnet, da institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfüge, auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren<sup>44</sup>. So führt das Gericht aus: "Die Konzentration politischer Macht, die darin läge, dem Bundestag in auswärtigen Angelegenheiten – über die ihm im Grundgesetz zugeordneten Befugnisse hinaus – zentrale Entscheidungsbefugnisse

<sup>44</sup> BVerfGE 68, 1 (87); näher zu diesem Aspekt der Organadäquanz R.A. Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, 42-44.

exekutivischer Natur zuzuordnen, liefe dem derzeit vom Grundgesetz normierten Gefüge der Verteilung von Macht, Verantwortung und Kontrolle zuwider.<sup>45</sup>

Im Urteil von 1994 war der Senat in der Frage gespalten. Die vier die Entscheidung tragenden RichterInnen sahen Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG als nicht verletzt an, weil die Inhaltsänderung eines bestehenden Vertrages der Zustimmung nur dann bedürfe, wenn sie durch Änderungsvertrag erfolge. Im wesentlichen wird dabei auf die Argumente zurückgegriffen, die sich schon in der Nachrüstungs-Entscheidung zu dieser Frage finden. Es heißt zwar: "Danach ist nicht auszuschließen, dass durch rechtserhebliches Handeln der Bundesregierung 'im Rahmen' bestehender Verträge für die Bundesrepublik Deutschland neue völkerrechtliche Rechte und Pflichten entstehen."<sup>46</sup> Dennoch wird die restriktive Auslegung beibehalten, um eine klare Kompetenzabgrenzung zu gewährleisten und damit die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren. Abschließend wird festgestellt: "Dieses Ergebnis erspart es der Bundesregierung zum einen, den Prozess behutsamer Abstimmung und gemeinsamer Planung durch einen klarstellenden Vorbehalt, sich nicht rechtlich binden zu wollen, unterbrechen zu müssen, obwohl alle Beteiligten sich der rechtlichen Unverbindlichkeit ohnehin bewusst sind. Ebenso bleibt die Bundesregierung davor bewahrt, einseitig ein 'Vertrags'-Gesetzgebungsverfahren einzuleiten zu müssen, dem der Gegenstand fehlt und für das deshalb ein Vertragstext fingiert werden müsste. Beides würde beteiligte Staaten und Organisationen befremden."<sup>47</sup>

Die vier das Urteil in diesem Punkt nicht tragenden Richter sind gegenteiliger Auffassung. Die Tatsache, dass der Verfassungsgeber in Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG den gesetzgebenden Körperschaften nur für eng begrenzte Tatbestände Mitwirkungsrechte im Bereich der auswärtigen Politik eingeräumt hat, schließe seine Anwendung auf völkerrechtliche Äußerungs- und Handlungsformen nicht aus, die potentiell auf die Änderung eines politischen Vertrages angelegt sind. Denn diese Norm wollte ihrem Sinn nach die Gefahr bannen, dass der Gesetzgeber unversehens mit völkerrechtlichen Pflichten konfrontiert wird, die er durch einen späteren Einspruch nicht mehr aus der Welt schaffen kann. Diese Regelungsabsicht werde angesichts der zerfließenden Formen völkerrechtlicher Vertragsfortbildung in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG insoweit nur auf Vertragsänderung durch Änderungsvertrag beschränken wollte<sup>48</sup>.

Im Ergebnis wurden dann die neuen Konzepte von NATO und WEU für zustimmungsbedürftig gehalten, weil durch die Durchführung von Einsätzen in Drittländern unter der Ägide der UN eine inhaltliche Abänderung der Verträge vorliege; schließlich sei im Gegensatz zu rein unverbindlichen Handlungsformen<sup>49</sup>

<sup>45</sup> BVerfGE 68, 1 (86).

<sup>46</sup> BVerfGE 90, 286 (363).

<sup>47</sup> BVerfGE 90, 286 (372).

<sup>48</sup> BVerfGE 90, 286 (377).

<sup>49</sup> Hier kommt nach dem Sinn des Zustimmungserfordernisses eine Zustimmungsbedürftigkeit auch dann nicht in Frage, wenn eine Inhaltsänderung zu konstatieren ist.

ein Prozess der Fortbildung des vertraglichen Aufgabenkonzepts in Gang gesetzt worden, in dessen Verlauf sich dieses fortschreitend und undurchschaubar zu einer rechtlichen Absprache verdichte und bei dem kaum der entscheidende Schritt zu markieren sei, der vom rechtlich unverbindlichen Konsens zur rechtlich verpflichtenden Übereinkunft führe. Die Regierung habe den Gründungsvertrag gewissermaßen “auf Räder gesetzt”<sup>50</sup>. Deshalb wurde das Mitwirkungsrecht des Bundestags aus Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bereits als unmittelbar gefährdet angesehen.

#### bb) Die “wesentliche Abweichung vom Integrationsprogramm”

Nach der dargestellten Rechtsprechung ist das Parlament zwar an der Kreation einer Internationalen Organisation zu beteiligen, nicht aber an deren Entwicklung, Fortbildung und Veränderung, soweit sie – wie zunehmend üblich – nicht vertragsförmig geschieht. So stellt sich die Frage, ob die Vertragsänderung ohne Änderungsvertrag eine Grenze hat, jenseits derer sich das Zustimmungserfordernis aktiviert.

Diese Frage hatte sich vor dem aktuellen Urteil mehrfach im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 GG gestellt. Bei der Fortentwicklung einer zwischenstaatlichen Einrichtung taucht ebenfalls die Frage auf, wann es einer erneuten parlamentarischen Beteiligung bedarf. Zu dieser Frage führt das Bundesverfassungsgericht im *Eurocontrol*-Beschluss aus: “Auch dort, wo nicht schon der Gründungsvertrag selbst jeden dieser Abläufe [des Integrationsprozesses; Anm. d. Verf.] nach Inhalt, Form und Zeitpunkt festgelegt hat, bedarf es für derartige Vollzugsschritte nicht von vornherein jeweils eines gesonderten Gesetzes im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG. Ein solches Gesetz ist dort entbehrlich, wo bereits der Gründungsvertrag, dem durch Gesetz zugestimmt worden ist, diesen künftigen Vollzugsverlauf hinreichend bestimmbar normiert hat. Wesentliche Änderungen des dort angelegten Integrationsprogramms und seiner Vollzüge etwa sind nicht mehr von dem ursprünglichen Zustimmungsgesetz nach Art. 24 Abs. 1 GG gedeckt.”<sup>51</sup> Also bedarf es eines neuen Gesetzes im Bereich des Art. 24 Abs. 1 GG im Falle einer wesentlichen Änderung des Integrationsprogramms.

#### c) Das Urteil vom 22. November 2001

Unter Verweis darauf, dass der Bundestag wegen seiner allgemeinen Kontrollrechte und wegen des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts für konkrete Bundeswehreinsätze gegenüber der Veränderung der Vertragsgrundlage nicht schutzlos sei, wird daran festgehalten, dass sich das Zustimmungserfordernis des

<sup>50</sup> BVerfGE 90, 286 (373); Formulierung im Anschluss an G. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: W. Fürst u.a. (Hrsg.), FS für W. Zeidler, Bd. II, 1987, 1775 (1779).

<sup>51</sup> BVerfGE 58, 1 (37); die Passage wird im *Nachrüstungsurteil* fast wortgleich wiederholt, BVerfGE 68, 1 (98-99).

Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nicht auf die Vertragsänderung ohne Änderungsvertrag erstreckt<sup>52</sup>. So heißt es im Urteil knapp: "Die der Bundesregierung insoweit anvertraute auswärtige Gewalt steht zwar nicht außerhalb parlamentarischer Kontrolle und unterliegt wie jede Ausübung öffentlicher Gewalt den Bindungen des Grundgesetzes. Jedoch würde eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auf die Beteiligung der Bundesregierung an nichtförmlichen Fortentwicklungen der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen und die Steuerungswirkung des Zustimmungsgesetzes in Frage stellen, sondern die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen (vgl. BVerfGE 90, 286 [383]; 68, 1 [87])"<sup>53</sup>.

Anschließend wird die Rechtsprechung zur wesentlichen Änderung des Integrationsprogramms auf Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG übertragen<sup>54</sup>. So stellt das Gericht fest, dass der NATO-Vertrag das Integrationsprogramm eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit festlege. Innerstaatlich enthalte die Zustimmung zu dem Vertrag die Ermächtigung der Regierung, diesen Vertrag in den Formen des Völkerrechts fortzuentwickeln. Der Bundestag werde deshalb in seinem Recht auf Teilhabe an der auswärtigen Gewalt dann verletzt, wenn die Bundesregierung die Fortentwicklung der NATO jenseits der ihr erteilten Ermächtigung – *ultra vires* – betreibe.

Allerdings will das Gericht eine Überschreitung des im Zustimmungsgesetz festgelegten Integrationsprogramms nicht schon beim Verstoß gegen einzelne Bestimmungen des NATO-Vertrags feststellen, sondern erst dann, wenn die Fortentwicklung gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertrags verstößt<sup>55</sup>. Dies wird im Folgenden für das neue Strategische Konzept verneint, da der NATO-Vertrag von seinem Gesamtkonzept ersichtlich auf umfassende regionale Friedenssicherung gerichtet gewesen sei, der Vertrag Spielraum für anpassende Entwicklungen lasse und somit die Krisenreaktionseinsätze nach dem neuen Konzept keine grundlegend neue Einsatzart darstellten<sup>56</sup>.

## d) Würdigung

### aa) Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

#### (1) Zur Handhabung des Art. 59 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge begegnet grundsätzlichen Bedenken. Die Kriterien des Ge-

<sup>52</sup> Absatz-Nr. 148-150 des Urteils (Anm. 1).

<sup>53</sup> Absatz-Nr. 149 des Urteils (Anm. 1).

<sup>54</sup> Absatz-Nr. 152-158 des Urteils (Anm. 1).

<sup>55</sup> Absatz-Nr. 154 des Urteils (Anm. 1).

<sup>56</sup> Absatz-Nr. 156 des Urteils (Anm. 1).

richts laufen letztlich auf eine Evidenzkontrolle hinaus und führen damit zu einer bemerkenswerten Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte<sup>57</sup>.

Wurde ein völkerrechtlicher Vertrag mit parlamentarischer Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG geschlossen, dann kann die Regierung diesen in Konsequenz dieser Rechtsprechung ohne Beteiligung des Parlaments so weit fortbilden und ändern – und dadurch auch, wie das Gericht ausdrücklich festgestellt hat, neue völkerrechtliche Pflichten für die Bundesrepublik begründen –, wie sie sich nicht in unüberwindbaren Widerspruch zum ursprünglichen Vertrag setzt, weil sie gegen dessen wesentliche Strukturentscheidungen verstößt<sup>58</sup>. Das Bundesverfassungsgericht gibt der Regierung damit bemerkenswerte Freiheiten an die Hand und zieht sich auf die Prüfung zurück, ob gegen wesentliche Strukturentscheidungen bestehender Verträge verstoßen wird, was *de facto* wegen des konsensualen Handelns der Vertragsparteien in der Regel nicht der Fall sein wird.

Bei einer so offenen Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte muss der Frage nach den Gründen und der Berechtigung nachgegangen werden. Bestimmte Gegebenheiten und Besonderheiten der Außenpolitik müssen zusätzlich zum allgemeinen breiten Raum politischer Gestaltung, der den Staatsorganen bei der Verwirklichung der verfassungsmäßigen Ziele zu belassen ist, auch vom Bundesverfassungsgericht berücksichtigt werden. Dieses hat sich erstmals im Urteil zum Grundlagenvertrag *judicial self-restraint*<sup>59</sup> als “Verzicht, Politik zu betreiben” auferlegt<sup>60</sup>. Im Fall *Rudolf Hess* hat das Gericht ausgeführt: “Die Weite des Ermessens im auswärtigen Bereich hat ihren Grund darin, dass die Gestaltung auswärtiger Verhältnisse und Geschehensabläufe nicht allein vom Willen der Bundesrepublik bestimmt werden kann, sondern vielfach von Umständen abhängig ist, die sich ihrer Bestimmung entziehen.”<sup>61</sup> Hinzu kommt, dass die materiellen Bindungen, die dem Grundgesetz zur Gestaltung der auswärtigen Beziehungen zu entnehmen sind<sup>62</sup>, nicht sehr zahlreich oder konkret sind. Deshalb muss die richterliche Kontrolle der

---

<sup>57</sup> Nach A.L. Paulus, *Quo vadis Democratic Control? The Afghanistan Decision of the Bundestag and the Decision of the Federal Constitutional Court in the NATO Strategic Concept Case*, in: 3 *German Law Journal* 1, § 29 (January 1, 2002), [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com), kann das Urteil passagenweise als “explicit endorsement of a general doctrine of judicial (and parliamentary) restraint in foreign policy” verstanden werden.

<sup>58</sup> Interessant ist, dass für die Feststellung eines (zustimmungsbedürftigen) konkludenten Änderungsvertrags und für die wesentliche Änderung des Integrationsprogramms letztlich fast identische Maßstäbe aufgestellt werden. Zudem stellt sich die Frage, wie das BVerfG unter seiner Prämisse der fast grenzenlosen Fortbildungskompetenz der Regierung überhaupt noch von einer “Steuerungswirkung” des Zustimmungsgesetzes sprechen kann.

<sup>59</sup> Allgemein zum Grundsatz des *judicial self-restraint* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts A. Gerontas, *Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen – zugleich ein Beitrag zum Grundsatz des “Judicial Self-Restraint”*, 1981, 221-266. Zur hiermit zusammenhängenden Frage der Übertragbarkeit der US-amerikanischen *political question doctrine* auf das deutsche Verfassungsrecht vgl. H. Schwarz, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik*, 1995, 300-314.

<sup>60</sup> BVerfGE 36, 1 (14).

<sup>61</sup> BVerfGE 55, 349 (365).

<sup>62</sup> Dazu Geiger (Anm. 35), 148-153.

auswärtigen Gewalt stets den Vorrang der politischen Entscheidungsträger achten und ihre Verhandlungsspielräume wahren<sup>63</sup>. Insoweit ist eine Einschränkung der Kontrolldichte im Bereich der auswärtigen Beziehungen grundsätzlich berechtigt. Allerdings geht es bei der Zustimmungsbedürftigkeit der Änderung völkerrechtlicher Verträge nicht darum, welches völkerrechtliche Handeln verfassungsrechtlich zulässig ist; es geht vielmehr um die Frage der Organkompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt und damit um eine genuin verfassungsrechtliche Frage. Deshalb ist die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte bei dieser Frage nicht aus den Besonderheiten der auswärtigen Gewalt gerechtfertigt<sup>64</sup>. Sie bedeutet vielmehr eine Rechtsschutzversagung gegenüber dem Parlament, die korrekturbedürftig ist.

Dieser Korrekturbedarf hat sich bereits im Urteil von 1994 zu den Bundeswehreinräsen gezeigt. So wurde, nachdem erneut die erweiternde Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG abgelehnt worden war, aus der Verfassungstradition seit 1918 und der Wehrverfassung ein Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz der Bundeswehr entwickelt<sup>65</sup>. Das widerspricht eigentlich der dargestellten Rechtsprechung, nach der sich die parlamentarische Mitwirkung in der Zustimmung zu einem Vertrag erschöpft und dem Bundestag bei der Verwirklichung des Vertrages keine weiteren Entscheidungsbefugnisse zukommen<sup>66</sup>. So müssen parlamentarische Mitwirkungsrechte infolge der strikten Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auf anderem Wege hergeleitet werden. Das ist weder konsistent noch überzeugend.

Ein weiterer Widerspruch ist feststellbar, wenn man das *Maastricht*-Urteil<sup>67</sup> in Erinnerung ruft<sup>68</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hält im Urteil zu den Bundeswehreinräsen eine Rechtsfortbildung bzw. die einverständliche Begründung über den Vertragsinhalt hinaus für nicht nach Art. 59 Abs. 2 GG zustimmungspflichtig<sup>69</sup>. Ein Jahr zuvor wurde im *Maastricht*-Urteil strikt zwischen Vertragsauslegung und -erweiterung unterschieden<sup>70</sup> und eine Auslegung, die im Ergebnis einer Vertragserweiterung gleichkommt, für unzulässig und die Bundesrepublik nicht bin-

<sup>63</sup> Lorz (Anm. 44), 320.

<sup>64</sup> J. Kokott, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, in: DVBl. 1996, 937 (948), meint, das BVerfG halte sich immer dann mit der Forderung nach vermehrter parlamentarischer Beteiligung zurück, wenn es riskiere, durch seine Entscheidung der Außenpolitik eine andere Richtung zu geben, betone diese demgegenüber dann, wenn dies keine grundlegende Richtungsänderung zur Folge hätte.

<sup>65</sup> BVerfGE 90, 286 (381-390); nach G. Nolte, Bundeswehreinräsen in kollektiven Sicherheitssystemen – Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994, in: ZaöRV 54 (1994), 652 (675), setzt dessen Ableitung aus dem Grundgesetz die "Anerkennung eines erheblichen Maßes an Rechtsfortbildungskompetenz des BVerfG" voraus. Ähnlich Paulus (Anm. 57), § 25: "quite innovative reading of the Basic Law".

<sup>66</sup> So auch R. Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, in: VVDStRL 56 (1997), 38 (52); ähnlich Kokott (Anm. 64), 947.

<sup>67</sup> BVerfGE 89, 155-213.

<sup>68</sup> Treffend Paulus (Anm. 57), § 29, in Bezug auf die aktuelle Entscheidung und ihr Ergebnis: "This is a far cry from the assertiveness of the Court, which it still displayed in its Maastricht decision on European integration".

<sup>69</sup> So die vier die Entscheidung tragenden RichterInnen in BVerfGE 90, 286 (363).

<sup>70</sup> BVerfGE 89, 155 (210).

dend erklärt<sup>71</sup>. Den Widerspruch hat zwar auch das Gericht selbst gesehen und deshalb im Urteil von 1994 kurzerhand festgestellt, dass bei besonderen Bestimmtheitsanforderungen, wie sie etwa Art. 24 Abs. 1 GG verlange, engere Grenzen gälten<sup>72</sup>. Das ist jedoch nicht überzeugend: denn zum einen ist das theoretische Problem im Rahmen des Art. 59 Abs. 2 GG gleich gelagert<sup>73</sup>. Zum anderen muss eine dynamische Fortentwicklung im Sinne einer Erweiterung um so eher möglich sein, je mehr der Vertrag auf fortschreitende Integration angelegt ist. Das aber ist bei der EU ersichtlich stärker der Fall als bei der NATO.

## (2) Zur Subsumtion im aktuellen Urteil

Abstrahiert man von der oben angeführten Kritik und legt die Maßstäbe des Gerichts für eine Beurteilung des neuen Strategischen Konzepts zugrunde, so regen sich zumindest Zweifel, ob das Konzept nicht in Anwendung dieser Maßstäbe für zustimmungsbedürftig hätte erklärt werden müssen.

Die Überschreitung des gesetzlichen Ermächtigungsrahmens und damit die Verletzung des Bundestags in seinen Rechten nimmt das Bundesverfassungsgericht an, wenn die konsensuale Fortentwicklung des NATO-Vertrags gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerkes verstößt. Nur zwei Punkte seien hier angedeutet: Nach dem politischen und historischen Kontext ging es bei der Schaffung der NATO um Sicherheit im europäischen und atlantischen Raum durch gemeinsame Verteidigung gegen Angriffe von außen. Insofern ist es fraglich, ob Krisenreaktionseinsätze mit faktisch unbeschränktem Einsatzgebiet wirklich "keine grundlegend neue Einsatzart"<sup>74</sup> darstellen<sup>75</sup>. Zudem ergibt sich aus Art. 12 des NATO-Vertrags, dass den Vertragsparteien die Möglichkeit eines grundlegenden Wandels der Sicherheitsarchitektur, wie sie durch die weltpolitische Wende 1989/1990 geschehen ist, bewusst gewesen ist. Darum wollen die Parteien nach dieser Norm "miteinander beraten, um den Vertrag unter Berücksichtigung der Umstände zu überprüfen, die dann den Frieden und die Sicherheit des nordatlantischen Gebiets berühren". Hier zeigt sich, dass der Vertrag den grundsätzlichen Richtungswechsel in Reaktion auf neue Sicherheitsbedingungen einer Vertragsrevision vorbehalten wollte<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> BVerfGE 89, 155 (188); kritisch zu den Folgen dieser Rechtsprechung z.B. W. Schroeder, Alles unter Karlsruher Kontrolle?, in: ZfRV 1994, 143-156; C. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 1993, 489-496.

<sup>72</sup> BVerfGE 90, 286 (362).

<sup>73</sup> In diese Richtung auch Pernice (Anm. 25), Art. 59, Anm. 193 zu Rn. 44.

<sup>74</sup> So aber das BVerfG, Absatz-Nr. 156 des Urteils (Anm. 1).

<sup>75</sup> U. Fastenrath, Inhaltsänderung völkerrechtlicher Verträge ohne Beteiligung des Gesetzgebers – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und innerstaatliche Wirkung, in: R. Geiger (Hrsg.), Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, 2000, 93 (112), weist zu Recht darauf hin, dass eine solche Vertragsinterpretation unter Berücksichtigung seiner Entstehung zu Zeiten des Kalten Krieges nicht gerade realistisch ist.

<sup>76</sup> So auch die die Entscheidung von 1994 in diesem Punkt nicht tragenden RichterInnen, BVerfGE 90, 286 (373).

So erscheint die Annahme einer "wesentlichen Änderung des Integrationsprogramms" des NATO-Vertrags durch das neue Strategische Konzept nicht weit hergeholt. Das Bundesverfassungsgericht zeigt also auch im Umgang mit der selbst formulierten Grenze der Überschreitung des Ermächtigungsrahmens des Zustimmungsgesetzes erstaunliche Zurückhaltung.

bb) Eigener Ansatz zur erweiternden Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

(1) Vorbemerkung: Die Kontroverse zur Stellung der Norm im Kompetenzgefüge

Die Frage der Auslegung des Art. 59 Abs. 2 GG wird im Schrifttum zumeist in Abhängigkeit von der allgemeinen Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt beantwortet. So wird die Bestimmung einer erweiternden Auslegung eher dann als zugänglich angesehen, wenn sie Zeichen einer Teilung der auswärtigen Gewalt zwischen Exekutive und Legislative ist, sie wird demgegenüber eher eng ausgelegt, wenn sie dem Parlament ein Mitwirkungsrecht im Bereich der Exekutive<sup>77</sup> einräumt.

In der Kontroverse zur Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt stehen sich im Kern zwei Auffassungen gegenüber: Entweder wird die auswärtige Gewalt als Domäne der Exekutive<sup>78</sup> oder aber als kombinierte Gewalt<sup>79</sup> aufgefasst. Die Zuweisung an die Exekutive wird zum einen auf verfassungsgeschichtliche Befunde, zum anderen auf den Gesichtspunkt der Organadäquanz gestützt. Es wird darauf verwiesen, dass nach der klassischen Gewaltenteilung das Handeln im Völkerrecht immer eine Domäne der Exekutive gewesen sei. Ferner verfüge nur die Regierung über die Organisation, Sachkenntnis und Information, um auf außenpolitische Situationen schnell und sachgerecht reagieren zu können<sup>80</sup>.

Die Befürworter einer kombinierten auswärtigen Gewalt stellen zum einen mehr auf qualitative denn auf quantitative Kriterien ab. So liege die tägliche Routinearbeit bei der Regierung, für die qualitativ schwerwiegendsten Entscheidungen sei aber dem Parlament durch Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG die Suprematie eingeräumt worden; ferner müsse berücksichtigt werden, dass dem Parlament durch die Möglichkeit von Entschließungen im Bereich der Außenpolitik<sup>81</sup>, die letztlich im Wege des konstruktiven Misstrauensvotums gegen die Regierung auch durchgesetzt wer-

<sup>77</sup> Anfangs sprach das BVerfG sogar vom "Übergriff" der Legislative in den Bereich der Exekutive, BVerfGE 1, 351 (369).

<sup>78</sup> So W.G. Grewe, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, in: VVDStRL 12 (1954), 129 (135); Geiger (Anm. 35), 130.

<sup>79</sup> So E. Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, in: VVDStRL 12 (1954), 179 (194); E. Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, in: VVDStRL 16 (1958), 9 (37-38); Wolftrum (Anm. 66), 40.

<sup>80</sup> Im Anschluss an BVerfGE 68, 1 (87) W.G. Grewe, Auswärtige Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. III, § 77 Rn. 49/50.

<sup>81</sup> Dazu allgemein B. Meyring, Die Entwicklung zustimmungsbedürftiger völkerrechtlicher Verträge nach ihrem Abschluss und ihre Auswirkungen in der deutschen Rechtsordnung, 2001, 447-448.

den könnten, wesentliche Gestaltungsbefugnisse zukämen<sup>82</sup>. Insgesamt sei den Art. 23, 24, 59 Abs. 2 sowie 115a und 115l GG zu entnehmen, dass die eigentlichen staatsleitenden Entscheidungen in der Außenpolitik vom Bundestag in der Form eines Beschlusses oder Gesetzes mitgestaltet werden müssten<sup>83</sup>.

Diese Sichtweise einer entweder exekutiven oder geteilten Kompetenz wird allerdings zunehmend in Zweifel gezogen. So vertritt zum Beispiel *Fastenrath* die Auffassung, Akte der auswärtigen Gewalt ließen sich überhaupt nicht generell einem bestimmten Funktionsträger zuordnen, sie bildeten vielmehr einen Querschnitt durch verschiedene Staatsfunktionen und ihre Zuordnung lasse sich nur von Fall zu Fall entscheiden<sup>84</sup>. Nach *Pernice* verkennen beide Ansichten, dass das Grundgesetz gerade kein System für eine Staatsfunktion "auswärtige Gewalt" annimmt oder voraussetzt, sondern eine differenzierte Aufgabenverteilung vornimmt<sup>85</sup>. Zutreffend warnt auch *Bryde* vor einer "apriorischen Deduktion materieller Staatsfunktionen aus dem traditionellen Gewaltenteilungsprinzip mit der Folge, dass die konkrete Kompetenzordnung des Grundgesetzes vor allem aus Ausnahmen und Durchbrechungen besteht"<sup>86</sup>. Insofern begegnet auch die Aussage des Bundesverfassungsgerichts Bedenken, nach der Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG im Lichte des Art. 20 Abs. 2 GG auszulegen ist. Methodisch richtig ist die gegenteilige Vorgehensweise<sup>87</sup>. Zutreffend ist hingegen die Absage des Bundesverfassungsgerichts an die Ableitung eines Gewaltenmonismus aus dem Demokratieprinzip<sup>88</sup>.

Es mag hier mit der Feststellung sein Bewenden haben, dass jedenfalls die Sichtweise eines Ausnahmecharakters der Norm dergestalt, dass eine strikt wortlautorientierte Auslegung angezeigt wäre, unzutreffend ist. Denn das Grundgesetz weist einige Bereiche der auswärtigen Gewalt ausdrücklich der Exekutive zu<sup>89</sup>. Damit aber ist die Vermutung einer generellen Organkompetenz der Bundesregierung unvereinbar<sup>90</sup>. Demzufolge ist eine erweiternde Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nicht durch seine Stellung im Gewaltenteilungsgefüge von vornherein unzulässig.

## (2) Die aktuelle Situation: Wandel des Völkerrechts in Inhalt und Formen

Bereits 1977 gab *Tomuschat* zur parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der auswärtigen Gewalt folgenden Befund ab: "Vertragsverhandlungen auf welt-

<sup>82</sup> Menzel (Anm. 79), 195-196.

<sup>83</sup> Wolfrum (Anm. 66), 44.

<sup>84</sup> Fastenrath (Anm. 20), 79.

<sup>85</sup> Pernice (Anm. 25), Art. 59 Rn. 16.

<sup>86</sup> B.-O. Bryde, Sicherheitspolitik zwischen Regierung und Parlament – BVerfG v. 18.12.84, in: Jura 1986, 363 (366).

<sup>87</sup> So auch das Sondervotum des Richters Mahrenholz in BVerfGE 68, 1 (129); Kokott (Anm. 64), 939.

<sup>88</sup> BVerfGE 49, 89 (124).

<sup>89</sup> Art. 87 GG; Art. 24 Abs. 1a GG; Art. 32 Abs. 3 GG; Art. 115a Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>90</sup> S. Weiß, Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung, 1971, 64; ihm folgend R. Wolfrum, Auswärtige Beziehungen und Verteidigungspolitik, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 693 (698).

weiter Ebene haben heute mit den traditionellen Verfahrensmustern nur noch wenig gemein. [...] Die Ausbildung eines zwischenstaatlichen Quasi-Parlamentarismus muss zwangsläufig den eigentlichen Parlamentarismus der staatlichen Ebene schwächen. Ganz ähnliche Überlegungen lassen sich anstellen im Hinblick auf neue Formen einer apokryphen internationalen Rechtsetzung, die ihre Beliebtheit nicht zuletzt der unendlichen Schwerfälligkeit des universellen Vertrages verdanken. [...] So kommt es zu dem Paradox, dass die progressive Fortschreibung der großen Strukturprinzipien der heutigen und der künftigen Weltordnung in den vor den Augen des Juristen zerfließenden Formen des soft law völlig aus dem parlamentarischen Mitverantwortungsbereich herausfällt.<sup>91</sup>

Der Verfassungsgeber, der bei der Regelung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG von der herkömmlichen Erscheinungsform des völkerrechtlichen Vertrages ausging, ist von der Völkerrechtswirklichkeit überholt worden; diese Entwicklung der Handlungsformen des Völkerrechts hat sich seit der damaligen Feststellung noch intensiviert. Das Rechtsinstitut des Vertrages ist wegen der Schwerfälligkeit, vielleicht aber auch gerade wegen der Eindeutigkeit der sich daran anschließenden Rechtsfolgen, zurückgedrängt worden zugunsten einer Fülle von einseitigen Akten, bilateralen und multilateralen Erklärungen, deren Kategorisierung um so schwerer fällt, als oft nicht einmal klar ist, ob man sich im rechtlichen oder im politischen Bereich befindet. Diese Formenvielfalt bedingt bei enger Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG eine Aushöhlung der Mitwirkungsbefugnisse des Bundestags<sup>92</sup>.

Die Evolution des Völkerrechts hat sich nicht auf die Handlungsformen beschränkt. Auch inhaltlich ist ein Strukturwandel zu verzeichnen. Das moderne Völkerrecht berührt in viel stärkerem Maße die Rechtsstellung des einzelnen als traditionelle zwischenstaatliche Vereinbarungen; der einzelne wird zunehmend Träger von Rechten und Pflichten im Völkerrecht. Ferner vergrößert sich die Zahl der Akteure auf dem internationalen Parkett zunehmend, und immer mehr ehemals nationalstaatliche Regelungsbereiche werden internationalisiert und europäisiert<sup>93</sup>. Zunehmend wird deshalb die Distinktionskraft der traditionellen Unterscheidung von Innen- und Außenpolitik grundsätzlich in Zweifel gezogen<sup>94</sup>. Im Zuge steigenden Einflusses auf die Rechtsstellung des einzelnen und zunehmender Entnationalisierung von Regelungsmaterien wird das Gebot parlamentarischer Mitwirkung an der Entstehung von Völkerrecht unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts dringender. Eine Ausrichtung der Mitwirkungsbefugnis der gesetzgebenden Körperschaften an der völkerrechtlichen Handlungsform erscheint deshalb immer anachronistischer<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> C. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, in: *VVDStRL* 36 (1978), 7 (30-34).

<sup>92</sup> Auch Karl (Anm. 40), 221, weist darauf hin, dass eine vertragsändernde spätere Praxis das innerstaatliche System der Gewaltenteilung stören kann und dass die Möglichkeit der vollziehenden Gewalt, auf den Inhalt von Verträgen Einfluss zu nehmen, die Prärogative der gesetzgebenden Gewalt schwächt und das demokratische Prinzip verwässert.

<sup>93</sup> Ausführlich dazu Wolfrum (Anm. 66), 41-45.

<sup>94</sup> Z.B. Pernice (Anm. 25), Art. 32 Rn. 18; Wolfrum (Anm. 66), 43.

### (3) Ratio legis

Die Frage nach der erweiternden Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG muss zuvörderst von der *ratio legis* ausgehen. Überwiegend wird als Normzweck des Zustimmungserfordernisses die parlamentarische Kontrolle der Exekutive genannt<sup>96</sup>, wodurch die anderen Kontrollinstrumente des Parlaments<sup>97</sup> ergänzt würden. Daneben wird angeführt, der Bundestag übernehme mit seiner Zustimmung zum Vertrag die politische Verantwortung für die auf der Ebene des Völkerrechts eintretenden Rechtsfolgen<sup>98</sup>. Schließlich ist der Schutz des Parlaments vor der Übernahme irreversibler völkerrechtlicher Pflichten beabsichtigt<sup>99</sup>.

### (4) Schlussfolgerung: Materielle Vertragsänderung ist zustimmungsbedürftig

Aufgrund des konstatierten Völkerrechtswandels und der damit verbundenen Auflösung des Innen-/Außenschemas sowie der *ratio legis* erscheint eine erweiternde Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG unverzichtbar. Denn zutreffend ist zwar, dass die Mitwirkungsbefugnisse des Parlaments beim völkerrechtlichen Vertragsschluss gegenständlich und inhaltlich beschränkt sind und dass es daher Bereiche gibt, die in den alleinigen Verantwortungsbereich der Regierung fallen sollen. Doch muss dabei auch die Situation in Rechnung gestellt werden, die bei der Schaffung des Grundgesetzes herrschte. Dort wurde vom Vertrag als dem vorherrschenden Handlungsinstrument im Völkerrecht ausgegangen<sup>100</sup>. Insofern war der Mitverantwortungsbereich der Legislative trotz der doppelten Beschränkung auf bestimmte Verträge von einigem Ausmaß. Die Normzwecke der parlamentarischen Regierungskontrolle und der Mitverantwortung der gesetzgebenden Körperschaften im Bereich bedeutsamer völkerrechtlicher Verpflichtungen waren so aus der damaligen Sicht erreichbar. Die dargestellte Entwicklung weg von dem Instrument, an das allein die Verfassung anknüpft, führt aber dazu, dass die Normzwecke nicht mehr erreicht werden können.

Richtigerweise betont zwar das Bundesverfassungsgericht, dass dem Parlament auch im Bereich der auswärtigen Gewalt die allgemeinen Kontrollrechte zur Verfügung stehen. So wird auch im aktuellen Urteil ausgeführt, dass der Bundestag ge-

<sup>95</sup> Nach Bryde (Anm. 86), 367 "lädt das BVerfG geradezu zur Umgehung des Art. 59 Abs. 2 GG ein".

<sup>96</sup> BVerfGE 36, 1 (13); B. Kempen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Art. 59 Rn. 38; Streinz (Anm. 25), Art. 59 Rn. 22; M. Zuleeg, in: R. Wassermann (Ges.-Hrsg.), Alternativkommentar GG, Art. 59 Rn. 35.

<sup>97</sup> Hierzu ausführlich Meyring (Anm. 81), 425-449.

<sup>98</sup> Pernice (Anm. 25), Art. 59 Rn. 47; im Sinne einer "Mitverantwortung" O. Rojahn, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, Art. 59 Rn. 30.

<sup>99</sup> So ist auch der Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts in der *Nachrüstungsentscheidung* zu verstehen, wonach es (auch) Sinn des Zustimmungserfordernisses sei, völkerrechtliche Verpflichtungen, die oft langfristig oder sogar unumkehrbar sind, nicht ohne die Mitwirkung des Parlaments eintreten zu lassen, BVerfGE 68, 1 (88).

<sup>100</sup> Tomuschat (Anm. 91), 29.

genüber einer Veränderung der Vertragsgrundlage und damit des Zustimmungsgesetzes nicht schutzlos sei, da das parlamentarische Regierungssystem dem Bundestag ausreichende Elemente für die Kontrolle der Regierung auch im Hinblick auf die Fortentwicklung eines Systems der gegenseitigen kollektiven Sicherheit zur Verfügung stelle<sup>101</sup>. Allerdings ist zweifelhaft, ob diese Möglichkeiten grundsätzlich ausreichen<sup>102</sup>; Denn die Kontrolle z.B. durch Anfragen, Enquêterechte oder gar durch die *ultima ratio* des Sturzes der Regierung im Wege des konstruktiven Misstrauensvotums<sup>103</sup> kommt in jedem Fall dort zu spät, wo durch das Handeln der Regierung bereits neue völkerrechtliche Pflichten begründet wurden.

Was die Verantwortungsübernahme durch das Parlament angeht, ist zu beachten, dass von einer Mitverantwortung dann nicht mehr gesprochen werden kann, wenn nach "gemeinsamem" Vertragsschluss die Exekutive allein die materielle Änderungsbefugnis erhält, die erst beim wesentlichen und offenkundigen Verstoß gegen die vertragliche Grundlage endet. Wer einem anderen eine Blankoermächtigung an die Hand gibt, kann dessen Tun nicht mitverantworten<sup>104</sup>.

Der Diskrepanz zwischen der Prämisse des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG und der Völkerrechtswirklichkeit muss deshalb mit einer erweiternden Auslegung begegnet werden, wenn die Verfassung mit der Globalisierung des Rechts Schritt halten will<sup>105</sup>. Diese Erweiterung muss allerdings ihrerseits klare Konturen und Grenzen haben. Eine dynamische Auslegung und auch Fortentwicklung – so sie in dem jeweiligen Vertrag angelegt ist, was nicht pauschal bejaht werden kann – der vertraglichen Grundlage unter Anwendung der völkerrechtlichen *implied-powers*-Lehre<sup>106</sup> ist ohne parlamentarische Mitwirkung möglich, denn dieser wurde dann vom Parlament zugestimmt. Jedenfalls aber ist die Grenze dort zu ziehen, wo die ursprüngliche Vertragsgrundlage materiell abgeändert wird<sup>107</sup>: Denn in dem Moment

<sup>101</sup> Absatz-Nr. 150 des Urteils (Anm. 1).

<sup>102</sup> So aber der Ansatz von Meyring (Anm. 81), 425-475, der nach ausführlicher Analyse der Einflussnahme- und Gestaltungsmöglichkeiten des Parlaments zu dem Schluss kommt, diese reichten aus und einer erweiternden Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bedürfe es insoweit nicht; allerdings würden die bestehenden Möglichkeiten in der Praxis zuwenig genutzt, da ein weit verbreiteter politischer Wille bestehe, die Außenpolitik der Regierung zu überlassen.

<sup>103</sup> Auf diese Möglichkeit weist das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 68, 1 (89) sogar ausdrücklich hin; kritisch hierzu zu Recht das Sondervotum des Richters Mahrenholz in BVerfGE 68, 1 (131).

<sup>104</sup> Interessant ist insoweit, dass das BVerfG sogar von einer "Veränderung der Vertragsgrundlage und damit des Zustimmungsgesetzes" (Absatz-Nr. 150 des Urteils [Anm. 1]) spricht, obwohl doch das Zustimmungsgesetz in der alleinigen Kompetenz und Verantwortung des Parlaments liegt.

<sup>105</sup> Für eine Ausdehnung *de lege ferenda* W. Kluth, Die verfassungsrechtlichen Bedingungen im Bereich der auswärtigen Gewalt nach dem Grundgesetz, in: R. Wendt u.a. (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Steuern, FS für K.H. Friauf, 1996, 197 (216); Paulus (Anm. 57), § 37, schlägt vor, den Verlust an demokratischer Kontrolle – den er im Grundsatz für unvermeidbar hält – durch die Einbindung quasi-parlamentarischer Gremien oder Parlamentariergruppen auf internationaler Ebene auszugleichen, weil die gebotene parlamentarische Mitwirkung die internationale Entscheidungsfindung behindern könne; solange aber das Konzept einer *multi-level democracy* in der Praxis eine Utopie sei, hält auch er eine stärkere Parlamentsbeteiligung für die einzige wirkliche Alternative.

<sup>106</sup> Dazu M. Zuleeg, International Organizations, Implied Powers, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL, Vol. II, 1995, 1312-1314.

einer solchen Abänderung liegt nicht mehr der Vertrag vor, dem zugestimmt wurde und der insofern mitverantwortet werden kann. Bei einer materiellen Änderung im Sinne eines Widerspruchs oder einer grundsätzlichen Neuheit aktiviert sich das Zustimmungserfordernis in erweiterter Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, ohne dass ein Vorbehalt der Evidenz oder der Wesentlichkeit anzubringen wäre. Jedes Festhalten an der Wortlautauslegung gibt demgegenüber der Regierung die Möglichkeit, über die Tragweite des Gesetzesvorbehalts zu entscheiden und trägt zu einer weitgehenden Entleerung parlamentarischer Mitwirkungsbefugnisse im Bereich der auswärtigen Gewalt bei, die auch mit dem Verweis auf den angeblichen Ausnahmecharakter dieser Bestimmung nicht gerechtfertigt werden kann<sup>108</sup>. Denn der Sinngehalt der Norm, bestimmte völkerrechtliche Bindungen nicht ohne die Zustimmung des Bundestags eintreten zu lassen, würde ausgehöhlt, wenn es der Regierung erlaubt wäre, eine Vertragspraxis über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinaus und damit möglicherweise neue völkerrechtliche Pflichten zu begründen<sup>109</sup>.

Diese Zustimmung muss nicht notwendigerweise in Gesetzesform ergehen. Dort, wo einem Vertragsgesetz "der Gegenstand fehlt"<sup>110</sup>, reicht ein allgemeines billigendes Votum in der Form eines schlichten Parlamentsbeschlusses aus. Dieser Vorschlag wurde schon in Reaktion auf das *Nachrüstungsurteil* unterbreitet<sup>111</sup>, dem stand aber damals noch die herrschende Lehre entgegen, wonach schlichte Parlamentsbeschlüsse keine bindende Wirkung haben<sup>112</sup>. Der Auslandseinsatz der Bundeswehr aber bedarf nach dem Bundesverfassungsgericht eines vorherigen konstitutiven Parlamentsbeschlusses<sup>113</sup>; es sind keine Gründe ersichtlich, warum dieses Instrument des bindenden Parlamentsbeschlusses nicht auch im Rahmen der erweiternden Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG Anwendung finden sollte.

#### cc) Anwendung des Ansatzes auf das neue strategische Konzept

Wurde also der NATO-Vertrag durch das neue Strategische Konzept inhaltlich abgeändert?

<sup>107</sup> Dennoch ist die Grenze zwischen dynamischer Fortentwicklung und Änderung fließend und in der Praxis oft kaum mehr durchführbar; vgl. dazu ausführlich W. Karl, Vertragsauslegung – Vertragsänderung, in: C. Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, 9-34; Ress (Anm. 50), 1779-1785. Nach Karl (Anm. 40), 22, erweist sich die Abgrenzung zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung "in manchen Fällen als schwierig, zweifelhaft oder praktisch bedeutungslos".

<sup>108</sup> Mit dem Verweis auf den Ausnahmecharakter ablehnend gegenüber einer erweiternden Auslegung aber Grewe (Anm. 80), Rn. 56; H.B. Brockmeyer, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Klein, GG, Art. 59 Rn. 14.

<sup>109</sup> So ebenfalls Pernice (Anm. 25), Art. 59 Rn. 44; H.D. Jarass, in: ders./B. Pieroth, GG, Art. 59 Rn. 19; wohl auch Kempen (Anm. 96), Art. 59 Rn. 51; Wolfrum (Anm. 66), 54, stellt auf den Gesichtspunkt neuer Bindungen ab: einer Zustimmung bedürfe es, wenn im Bereich des Vertrages neue Pflichten entstehen, die von der ursprünglichen Zustimmung noch nicht erfasst wurden.

<sup>110</sup> BVerfGE 90, 286 (372).

<sup>111</sup> Bryde (Anm. 86), 368.

<sup>112</sup> Ausführlich zu dieser Frage (vor der AWACS-Entscheidung) N. Achterberg, *Parlamentsrecht*, 1984, 743-747.

<sup>113</sup> BVerfGE 90, 286 (383).

Diese Frage ist aus den drei folgenden Erwägungen zu bejahen.

Die *de facto* territorial unbegrenzt möglichen Krisenreaktionseinsätze, die das neue Konzept unabhängig von dem Angriff auf einen Mitgliedstaat ermöglicht, stellen etwas grundsätzlich Neues im Bereich der NATO dar. Die NATO ist als Verteidigungsbündnis, nicht als Interventionstruppe gegründet worden. Daher ist die Aussage, die Krisenreaktionseinsätze stellten keine grundlegend neue Einsatzart dar<sup>114</sup>, unzutreffend. Denn auch ein "entwicklungsoffen formuliertes" und auf "umfassende regionale Friedenssicherung" gerichtetes Bündnis gerät nicht durch dynamische Interpretation auf den Weg zur Weltpolizei.

Zudem ist zu beachten, dass trotz des wiederholten Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Vereinten Nationen und zur primären Verantwortung des Sicherheitsrats für den Weltfrieden die Möglichkeit eines nicht UN-mandatierten und so möglicherweise völkerrechtswidrigen (es sei denn, es sind andere Ausnahmen vom Gewaltverbot einschlägig) Einsatzes infolge des neuen Konzepts nicht gänzlich ausgeschlossen wird und damit als Handlungsalternative im Raum stehen bleibt. Als Illustration hierfür mögen hier zum einen die Kosovo-Intervention der NATO, zum anderen die folgende Aussage des ehemaligen US-Vize-Außenministers Talbott zur neuen Strategie dienen: "We believe NATO's missions and tasks must always be consistent with the purposes and principles of the UN and the OSCE. [...] At the same time, we must be careful not to subordinate NATO to any other international body or compromise the integrity of its command structure. We will try to act in concert with other organizations, and with respect for their principles and purposes. But the Alliance must reserve the right and the freedom to act when its members, by consensus, deem it necessary."<sup>115</sup>

Schließlich kann wieder auf Art. 12 des NATO-Vertrags verwiesen werden. Da dieser die Reaktion auf neue Sicherheitsanforderungen ausdrücklich der Vertragsrevision vorbehält, ist die Bestrebung, der NATO durch das Konzept eine neue, an die aktuelle Situation angepasste Grundlage unter Verzicht auf eine formelle Vertragsänderung zu geben, eine offensichtliche – einverständliche – Abänderung der vertraglichen Grundlage<sup>116</sup>.

Folglich ist eine inhaltliche Abänderung des NATO-Vertrags gegeben. Allerdings aktiviert sich auch bei einer materiellen Vertragsänderung das Zustimmungserfordernis seinem Sinn nach nicht, sofern es sich lediglich um eine politische Absichtserklärung handelt. Dies ist aber hier nicht der Fall. Konnten die vier das Urteil nicht tragenden Richter 1994 schon feststellen, dass nach dem Ende des Kalten Krieges ein "Prozess der Fortbildung des vertraglichen Aufgabenkonzepts" in Gang gesetzt worden ist, in dessen Verlauf sich dieses "fortschreitend und un-

<sup>114</sup> Absatz-Nr. 156 des Urteils (Anm. 1).

<sup>115</sup> Zitiert nach B. Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, in: EJIL 10 (1999), 1 (15).

<sup>116</sup> Auf Art. 12 des NATO-Vertrags hatte sich schon 1994 das abweichende Votum gestützt, BVerfGE 90, 286 (373). Zu den völkerrechtlichen Problemen eines solchen Vorgehens innerhalb einer Internationalen Organisation Karll (Anm. 40), 345-350.

durchschaubar zu einer rechtsverbindlichen Absprache verdichtet“<sup>117</sup>, so steuert dieser Prozess nun mit dem neuen Konzept von 1999 um so mehr auf eine rechtliche Verdichtung zu. Denn der NATO wird vor dem Hintergrund neuer Herausforderungen eine neue Grundlage gegeben, womit einer förmlichen Vertragsrevision eine Absage erteilt worden ist. Da aufgrund des einverständlichen Handelns für die Zukunft die Orientierung an dem neuen Konzept erwartet werden kann, ist – trotz der obigen Absage an einen Änderungsvertrag – neues (Organisations-)Gewohnheitsrecht<sup>118</sup> jedenfalls im Entstehen befindlich<sup>119</sup>. Der Prozess rechtlicher Verdichtung ist also so weit fortgeschritten, dass das parlamentarische Mitwirkungsrecht zumindest unmittelbar gefährdet ist.

#### e) Ergebnis

Das neue strategische Konzept der NATO bedurfte der parlamentarischen Zustimmung, da die Bundesregierung das sich aus der gebotenen weiten Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ergebende parlamentarische Mitwirkungsrecht durch die Billigung des Konzepts jedenfalls unmittelbar gefährdet hat. Die Bundesregierung hat also durch die Billigung des Konzepts Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG verletzt.

### IV. Schlussbemerkung

Das Bundesverfassungsgericht hat im Ergebnis an seiner restriktiven Interpretation des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG festgehalten, obwohl es ausdrücklich anerkennt, dass das Konzept von 1991 und das Konzept von 1999 sich wesentlich unterscheiden, was die Verdichtung des strategischen Ansatzes angeht. Bei der Frage nach der wesentlichen Änderung des Integrationsprogramms, aus der sich dennoch die Zustimmungsbedürftigkeit hätte ergeben können, zeigt die Auseinandersetzung mit den rechtlichen und faktischen Gegebenheiten leider Schwächen. So muss sich das Gericht den Verdacht gefallen lassen, ein erwünschtes Ergebnis erzielt zu haben.

Politisch gibt es durchaus gute Gründe, dieses Ergebnis zu wollen: Obwohl es um die innerstaatliche Kompetenzverteilung ging, hätte das gegenteilige Ergebnis außenpolitisch sicher Unverständnis und Missfallen hervorgerufen. Zudem sollte nicht die Tatsache unterschätzt werden, dass der Bundestag selbst den Antrag der PDS-Fraktion für unbegründet hielt<sup>120</sup> und dass die Zustimmung der Bundesregierung zum neuen Strategischen Konzept dem Willen aller Bundestagsfraktionen mit

<sup>117</sup> BVerfGE 90, 286 (375).

<sup>118</sup> Vgl. dazu H.G. Schermers/N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 1995, § 1339.

<sup>119</sup> Interessanterweise geht auch das BVerfG auf die Rechtsverbindlichkeit ein: „In Betracht kommen bei entsprechender Interpretation des neuen Strategischen Konzepts 1999 verbindliche Konkretisierungen des Vertragsinhalts durch die dazu berufenen Organe der NATO oder eine authentische Interpretation des NATO-Vertrags durch die Vertragsparteien, aber auch die außervertragliche gemeinsame Verstärkung einer völkerrechtlichen Übung [...]“ (Absatz-Nr. 148 des Urteils (Anm. 1).

<sup>120</sup> S. Absatz-Nr. 101-108 des Urteils (Anm. 1).

Ausnahme desjenigen der Antragstellerin entsprach<sup>121</sup>. Aber das Bundesverfassungsgericht hat Streitigkeiten nicht nach politischen, sondern nach rechtlichen Maßstäben zu entscheiden. Zwar kann darin, dass sich das Parlament selbst nicht in seinen Mitwirkungsrechten verletzt sah, durchaus auch ein rechtlicher Anhaltspunkt für eine Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Zurückhaltung gesehen werden<sup>122</sup>. Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass das Parlament wegen des bestehenden Einvernehmens mit der Regierung auf Mitwirkungsrechte verzichtet. So findet die Respektsverpflichtung des Bundesverfassungsgerichts ihrerseits jedenfalls dann eine Grenze, wenn die Kompetenzverletzung auf der Hand liegt. Das dürfte hier angesichts der oben dargestellten Ergebnisse der Fall sein.

Bei aller Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bringt das Urteil doch eine Neuerung mit sich: Bisher war immer darauf verwiesen worden, dass die auswärtige Gewalt im Kern der Exekutive zugeordnet sei. So wurde anfangs im Kontext des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG sogar von einem "Übergriff" der Legislative in den Bereich der Exekutive gesprochen, 1994 noch von einem "Mitwirkungsrecht im Bereich der Exekutive"<sup>123</sup>. Im aktuellen Urteil heißt es demgegenüber: "Die Verfassung sieht vor, dass Regierung und Legislative im Bereich der auswärtigen Gewalt zusammenwirken."<sup>124</sup> Hat mit dieser Feststellung die Theorie der kombinierten Gewalt gleichsam durch die Hintertür Eingang in das Bundesverfassungsgericht gefunden? Diese Annahme erscheint etwas kühn, zumal gerade dann eine Abkehr von der restriktiven Auslegung des Art. 59 Abs. 2 GG nahe gelegen hätte. Dennoch ist es möglich, dass sich mit dieser Passage ein *overruling* der engen Auslegung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG für die nähere Zukunft ankündigt<sup>125</sup>.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der Senat von den Möglichkeiten des § 30 Abs. 2 BVerfGG, Transparenz über das Stimmverhalten herzustellen (Veröffentlichung eines Sondervotums; Mitteilung des Stimmenverhältnisses), keinen Gebrauch gemacht hat. Insofern kann man über Gegenstimmen nur Vermutungen anstellen. Da noch 1994 die Richterin Limbach (die an der jetzigen Entscheidung als Präsidentin mitwirkte) und der Richter Sommer das Strategiepapier von 1991 für zustimmungsbedürftig gehalten hatten, weil die parlamentarischen Mitwirkungsrechte bereits konkret gefährdet seien, lag angesichts der wesentlichen Verdichtung des neuen Konzepts von 1999 eine erneute Spaltung des Senats nahe. Krisenzeiten sind nach einem alten Grundsatz Zeiten der Exekutive: Wollte der Senat unter dem unmittelbaren Eindruck der Terrorangriffe gegen die USA vom 11. September 2001

<sup>121</sup> Vgl. dazu die Beschlussempfehlungen der Fraktionen: BT-Drs. 14/316 (CDU/CSU); 14/454 (PDS); 14/599 (SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN); 14/792 (FDP); abrufbar unter <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>.

<sup>122</sup> Näher dazu Lorz (Anm. 44), 341/342.

<sup>123</sup> BVerfGE 1, 351 (369) und BVerfGE 90, 286 (357).

<sup>124</sup> Absatz-Nr. 153 des Urteils (Anm. 1).

<sup>125</sup> Demgegenüber sieht Paulus (Anm. 57), § 28, in der Entscheidung eine klare Rückkehr – in Abkehr zu den Ansätzen der AWACS-Entscheidung – zur traditionellen Auffassung.

in internationalen Krisenzeiten eine regierungsfreundliche Entscheidung zusätzlich mit dem Eindruck der Geschlossenheit versehen?

Insgesamt hat das Gericht eine Chance zur Änderung seiner Rechtsprechung zur Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge vertan. Es verschließt dabei zwar nicht die Augen vor einer durch einen grundsätzlichen Wandel der Völkerrechtsordnung und die verstärkte Internationalisierung von Regelungsbereichen bedingten zunehmenden Entleerung parlamentarischer Mitwirkungsrechte, zieht daraus aber nicht die richtigen Konsequenzen, was um so erstaunlicher ist, als im *Maas-tricht*-Urteil noch so viel Wert auf die Rückkopplung des Europäischen Integrationsprozesses an die Parlamente der Mitgliedstaaten gelegt wurde. Geht es dagegen um die NATO, scheinen der Bundesregierung bei der Fortentwicklung des Gründungsvertrages nur noch in der Theorie Grenzen gesetzt zu sein. Der Bundestag ist hier zwar hinsichtlich der einzelnen Einsätze zu konsultieren, verliert aber seine Mitwirkungsbefugnis im Bereich der allgemeinen Entwicklungslinien. Die gebotene Harmonisierung von Verfassung und Völkerrechtswirklichkeit durch das Bundesverfassungsgericht steht damit leider weiterhin aus.

## Summary<sup>126</sup>

### NATO and German Constitutional Law: New Concept – Identical Questions

On 22 November 2001, the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) rendered its judgement on the 1999 NATO Strategic Concept adopted by the Heads of the NATO Member governments on 23/24 April 1999. The parliamentary group of the “Party of Democratic Socialism” (*PDS*) contended that the rights of the Federal Parliament (*Bundestag*) had been violated by the government because the latter had not submitted this Concept to the legislative bodies for approval. Thus, the PDS group instituted proceedings before the Constitutional Court.

The Court held that the complaint was admissible but unfounded: the German Basic Law (*Grundgesetz*) did not require parliamentary approval for the adoption of the new Strategic Concept by the government.

The question of whether the new Concept required approval by the *Bundestag* leads to the issue of the competences of the various constitutional bodies for foreign policy: is the foreign relations power an executive power or is it jointly exercised by the government and the parliament?

The Basic Law does not answer this question in a general fashion. The only rule dealing with the distribution of competences when acting internationally is Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law, according to which international treaties that regulate matters either of a political character or within the realm of legislative competences require parliamentary approval.

<sup>126</sup> Summary by the author.

The NATO Treaty has a highly political character and hence necessitated approval by the legislative bodies. Thus, the government would have infringed on the rights of the parliament if the new Strategic Concept is considered a formal or implied treaty amendment.

According to the Court's ruling, the new Strategic Concept does not constitute an amendment of the NATO Treaty. The judgement is correct in that it deduces from the circumstances that the member states did not want to conclude an agreement binding under international law.

Thereby, the central question is raised: can Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law be broadly construed, extending the prerequisite of parliamentary approval to international legal acts other than treaties?

The Court has had to deal with this question several times before; it has always been answered in the negative. Although Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law could be regarded as an expression of a tendency towards a "parliamentarization" (*Parlamentarisierung*) of the foreign relations power, as the Court ruled in 1984, the involvement of the legislative bodies was limited. This limitation was an element of the separation of powers, the foreign relations power being, as a general principle, a core competence of the government. In 1994, when the Court examined the constitutionality of foreign missions of the federal armed forces (*AWACS* decision), the said question was raised with regard to the 1991 NATO Strategic Concept, which had been adopted by the government without being submitted for parliamentary approval. The Senate was evenly divided (in these cases, a violation of the Constitution cannot be established). The dissenting judges referred to the *ratio legis*: Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law was intended to prevent Parliament from being confronted with irreversible international obligations it cannot escape. Thus, taking into consideration the variety of international law-making, a broad interpretation was necessary.

In the decision under review, the Court reaffirms that Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law, "is not accessible to an expansive interpretation"<sup>127</sup>. The primary responsibility of the government for foreign policy is emphasised. Moreover, the Court refers to the general parliamentary instruments of government control, particularly the previous approval that is required for the deployment of armed forces according to the 1994 *AWACS* decision. Thus, the further development of a system of mutual collective security under Article 24 (2) of the Basic Law did not require approval by the legislative bodies.

This development, e.g. by further treaty practice, in the framework of which the government can even enter into new international obligations, is only confined by the so-called "integration programme" approved by the *Bundestag* when Germany acceded to NATO.

In case the development of an international organization strays from this "integration programme", it requires new parliamentary approval or else the government acts *ultra vires* (the Court hereby applies its own famous *Maastricht* jurisprudence). However, according to the Constitutional Court, the government did not exceed this limit by approving NATO's new Strategic Concept, and thus, did not infringe on the rights of Parliament under Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law: The government does not act "beyond the framework of authorisation" until the further development of the NATO Treaty "infringes essential structural decisions of the system of treaties". This infringement is denied with reference to the character of the NATO Treaty, which is "obviously orientated towards comprehensive preservation

<sup>127</sup> The author refers to the translation offered by the Constitutional Court: [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699en](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en).

of peace on a regional level in the European and North American area". The Court concludes that "the crisis response operations specified in Nos. 24 and 31-32 of the new 1999 Strategic Concept do not constitute, in this respect, a fundamentally new type of operation."

The decision of the Constitutional Court raises criticism of a twofold nature:

Taking as a basis the Court's interpretation of Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law, it is questionable if its conclusions are convincing. The doubts may be illustrated as follows: on the one hand, the political and historical context of NATO's foundation shows that the Alliance was to provide a basis for Euro-Atlantic security by a collective defence system against attacks from the outside. As to armed actions, the Treaty only envisages Article 5 missions in case of an armed attack against one of the Member states. In this regard the explicit reference the new Strategic Concept makes to "crisis response operations", which have virtually no territorial limits, indicates a substantial alteration of NATO that was originally founded as a mere defence alliance. On the other hand, Article 12 of the Treaty provides that "at any time the Parties shall consult together for the purpose of reviewing the Treaty, having regard for the factors then affecting peace and security in the North Atlantic area". Since the Treaty itself refers to the amendment procedure for fundamental changes in the "security architecture", then new reactions to such changes do not have a basis within the Treaty. Hence, the Court's application of its own parameters lacks the desirable preciseness.

The second and more important point of criticism concerns the questionable narrow interpretation of Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law by the Constitutional Court. According to the decision, the government only infringes on parliamentary rights if the development of an international treaty violates its essential structural decisions. This requirement results in a remarkable judicial restraint which is not justified by the circumstances of foreign policy, since the distribution of competences for the development of international treaties is a question of constitutional, not of international law.

The fundamental changes in international law undermine the position of the parliament. First, the international treaty as an instrument of international law-making is increasingly superseded by a variety of bilateral and multilateral acts of political, soft-law or legal character which can not easily be classified in traditional patterns. Second, modern international law more and more affects the position and the interests of individuals. Finally, globalisation relocates many tasks of regulation to the international level. Thus, an interpretation of Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law that focuses on the particular legal instrument chosen by the government appears more and more anachronistic. Such an interpretation not only ignores the characteristics of present-day international law, but also contravenes the *ratio legis*: On the one hand, legislative bodies assume political responsibility for the international legal consequences by means of the approval required by Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law. On the other hand, these bodies are to be protected against irreversible international obligations. When the Basic Law was made, these purposes were served by requiring parliamentary approval only for international treaties. Taking into consideration the recent developments of international law, it is obvious that a treaty-based interpretation does not suffice any more.

The discrepancy between the premise of Article 59 (2), sentence 1, of the Basic Law and present-day international law must be bridged by an extensive interpretation of this provision. While development and dynamic treaty-interpretation are within the competences of the executive, any material alteration requires approval by the legislative bodies, independent of a formal amendment procedure.

Applying these criteria, the new Strategic Concept of NATO required parliamentary approval. For the reasons mentioned above, there is no basis for “crisis response operations” in the Washington Treaty. Therefore, they constitute a material alteration of this treaty.

Overall, the Constitutional Court’s ruling is not very convincing. The result of the decision is politically opportune – all parliamentary groups except for the applicant wanted the government to approve the Concept. Furthermore, the opposite result would have led to complications in German foreign affairs. However, the Court must apply legal, not political standards. The legal basis of the judgement is assailable. The remarkable judicial restraint results in a governmental freedom in foreign policy, the limits of which are – according to the parameters of the decision under review – only theoretical. The Court – though recognising the international changes – either does not perceive the decreasing importance of the *Bundestag* following from these changes, or it does not draw the appropriate conclusions.

Hence, the Constitutional Court has, unfortunately, missed the opportunity to readjust the application and interpretation of the Constitution to the needs of present-day international law.