

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 95

Die Befehls- und Kommandogewalt

Begriff, Rechtsnatur und Standort in der
Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland

Von

Dr. Manfred Erhardt



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

MANFRED ERHARDT

Die Befehls- und Kommandogewalt

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 95

Die Befehls- und Kommandogewalt

Begriff, Rechtsnatur und Standort in der
Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland

Von

Dr. Manfred Erhardt



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Entworfen als Glied einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, hineingeboren in die militärische Integration der NATO, konnten die jungen deutschen Streitkräfte von vornherein auf eine *nationale* oberste Führung verzichten: Die deutsche militärische Führung beschränkte sich auf den oberen Führungsbereich (Korpskommando-Ebene).

Im Spätherbst 1965 sagte sich Frankreich von der Beteiligung an der militärischen Integration des nordatlantischen Bündnisses los und bekundete die Absicht, die Unterstellung seiner Streitkräfte unter das NATO-Kommando zu beenden. Mit diesem Symptom eines Verfalls der NATO-Integration und der möglichen Rückentwicklung dieses Paktes zu einem klassischen Bündnissystem drang schlagartig das unerwünschte Geschenk eines eigenen deutschen operativen Oberbefehls in das politische Kalkül. Seitdem sind auch die rechtlichen Grundlagen der nationalen Führung der Streitkräfte wieder stärker in das Licht des Interesses gerückt.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die militärische „Befehls- und Kommandogewalt“ (Art. 65 a GG) *systematisch* zu erfassen und einzuordnen; wobei der Verfasser diese Gewalt einmal unter einem verfassungsdogmatischen, zum anderen unter einem verfassungstheoretischen Aspekt betrachtet: als Begriff und Kompetenz bzw. als eine materielle staatliche Funktion.

Ein verhältnismäßig breiter Raum wird der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung gewidmet, weil erst auf dem historischen Hintergrund die Begriffe und rechtlichen Strukturen deutlich werden.

Die Eingrenzung des Themas ergibt sich bereits aus dem Untertitel der Arbeit. Zur Klarstellung sei jedoch ausdrücklich gesagt, daß folgende Problemkreise nicht behandelt sind: das Verhältnis von nationaler Führungskompetenz und alliierter Kommandogewalt der NATO; die organisatorische Frage der Spitzengliederung der Bundeswehr; der Einsatz der Streitkräfte im Innern und die parlamentarische Kontrolle der bewaffneten Macht.

Die Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Univer-

sität Tübingen im Sommersemester 1968 als Dissertation vorgelegen. Meinen verehrten Lehrern, Herrn Professor Dr. Adolf Schüle † und Herrn Professor Dr. Thomas Oppermann, bin ich für die Betreuung der Arbeit zu großem Dank verpflichtet.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Schrift in sein Verlagsprogramm.

Tübingen, im Oktober 1968

Manfred Erhardt

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Die Wehrgewalt

§ 1. Der Begriff der Wehrgewalt	13
I. Die Begriffe Wehrgewalt, Militärgewalt, Wehrhoheit und Militärhoheit in der Literatur	13
II. Ansatzpunkte zur Klärung der Begriffe	14
1. „Wehr-“ und „Militär-“	14
2. „-hoheit“ und „-gewalt“	17
III. Definitionsversuche	20
1. Wehrhoheit und Militärhoheit	20
2. Wehrgewalt und Militärgewalt	22
3. Verteidigungsgewalt	23
4. Heeresgewalt	23
§ 2. Die Stellung der Wehrgewalt in der allgemeinen Staatsgewalt	24
I. Die Problematik einer Unterscheidung materieller Gewalten	24
II. Die Stellung der Wehrgewalt im gewaltenteilenden Rechtsstaat	25
1. Die Wehrgewalt — eine vierte Gewalt?	26
2. Die Funktionsbereiche der Wehrgewalt nach dem Grundgesetz....	29
a) Die Wehrgesetzgebung	29
b) Die Wehrgerichtsbarkeit	29
c) Die Wehrexekutive	31
3. Ergebnis	32
§ 3. Die Wehrexekutive	33
I. Die Streitkräfte und die Wehrverwaltung als selbständige Organisationsformen	33
II. Die Verteidigungsverwaltung (= Wehrverwaltung i. w. S.)	34
III. Der Standort der Befehls- und Kommandogewalt in der Wehrgewalt	37

Zweiter Teil

Der Begriff der Befehls- und Kommandogewalt

§ 4. Historischer Rückblick	39
I. Preußen und Kaiserreich	39
1. Die Entstehung des monarchischen Oberbefehls über das Heer	39
2. Oberbefehl und Gegenzeichnung in der konstitutionellen Monarchie	41
3. Die Kommandogewalt — eine Prerogative der Krone	44
II. Weimarer Republik	48
1. Der präsidiale Oberbefehl über die Wehrmacht	48
2. Die rechtliche Stellung des Chefs der Heeresleitung	52
3. Die Befehlsgewalt des Reichswehrministers und die Kommandogewalt des Chefs der Heeresleitung	54
III. Anhang: Der Oberbefehl im nationalsozialistischen Staat	59
§ 5. Die Aufteilung der aus dem früheren „Oberbefehl“ fließenden Zuständigkeiten nach dem Grundgesetz	60
I. Der Verzicht auf den Begriff „Oberbefehl“	60
II. Die Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz	62
1. Die in andere staatliche Funktionsbereiche verwiesenen Rechte	62
2. Die beim Staatsoberhaupt verbliebenen Rechte	63
3. Die in der Regierungsgewalt des Bundeskanzlers enthaltenen militärischen Zuständigkeiten	63
4. Die dem Bundesminister der Verteidigung zustehenden Kompetenzen	64
5. Die Rechtsstellung des Bundeskanzlers und des Bundesverteidigungsministers im Verteidigungsfalle nach Art. 115 b GG	69
§ 6. Der Begriff der Befehls- und Kommandogewalt nach Art. 65 a GG	71
I. Die Meinungen in der Literatur	71
1. Allgemeines	71
2. Der Definitionsversuch Dürigs	72
3. Der Definitionsversuch Leppers	73
4. Der Definitionsversuch Böckenfördes	73
II. Kritik der bisherigen Definitionsversuche	74
1. Der falsche Ansatz beim Begriff „Kommando“	74
2. Die Verwirrung um die Begriffe Taktik, Operation und Strategie	76
3. Die bloße Beschreibung der militärischen Befehls- und Kommandogewalt in Dürigs Definitionsversuch	78

Inhaltsverzeichnis

9

III. Ansatzpunkte für den eigenen Definitionsversuch	79
1. Die Bedeutung des Begriffsbestandteiles „Kommando“	79
2. Die Mehrspurigkeit militärischer Befehlslegitimation (Das militärische Vorgesetztenverhältnis)	81
IV. Der eigene Definitionsversuch	85
1. Die militärische Befehlsgewalt	85
2. Die militärische Kommandogewalt	87
3. Folgerungen aus der Zergliederung des Begriffes „Befehls- und Kommandogewalt“ für die Rechtsstellung des BMinVtdg	88
a) Die Zuweisung der „Befehlsgewalt über die Streitkräfte“ an den BMinVtdg	89
b) Die Zuweisung der „Kommandogewalt über die Streitkräfte“ an den BMinVtdg	90
4. Exkurs: Die Stellvertretung des BMinVtdg in der Befehls- und Kommandogewalt	93

Dritter Teil

Die Rechtsnatur der Befehls- und Kommandogewalt und ihr Standort innerhalb der Exekutivfunktion des Staates

§ 7. Die Rechtsnatur der Kommandogewalt	98
I. Die Kommandogewalt als Teil der staatlichen Exekutivfunktion	99
II. Die Teile der staatlichen Exekutivfunktion und ihre Tätigkeitsmerkmale	100
III. Das Wesen der Kommandogewalt	101
1. Von der militärischen Aufgabe her betrachtet	101
2. Von der militärischen Struktur her betrachtet	102
IV. Die besondere Rechtsnatur der Kommandogewalt	103
1. Ist die Ausübung der Kommandogewalt Regierungstätigkeit?	104
2. Ist die Ausübung der Kommandogewalt Verwaltungstätigkeit? ..	106
§ 8. Die systematische Stellung der Kommandogewalt innerhalb der Exekutivfunktion des Staates	111
I. Die Kommandogewalt ist weder Teil der Regierungs- noch der Verwaltungsfunktion	111
II. Die Kommandogewalt als eigenständiger (dritter) Teil der Exekutivfunktion	111
III. Schluß: Die Kommandogewalt als demokratische Gewalt	113
Literaturverzeichnis	115

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
bestr.	bestritten
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMI	Bundesminister des Innern
BMinVtdg	Bundesminister der Verteidigung bzw. Bundesministerium der Verteidigung
BSozG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWV	Bundeswehrverwaltung
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Erl.	Erläuterung
f., ff.	folgende (Seiten)
F. N.	Fußnote
GeschO BReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt
HDv	Heeresdienstvorschrift
h. L.	herrschende Lehre

h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HVBl.	Heeresverordnungsblatt
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m. a. W.	mit anderen Worten
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NDBZ	Neue Deutsche Beamtenzeitung
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiA	Das Recht im Amt
RV	Verfassung des Deutschen Reichs von 1871
S.	Seite
SoldatenGes	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
Verf.	Verfassung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VorgesetztenVO	Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WBO	Wehrbeschwerdeordnung
WDO	Wehrdisziplinarordnung
WehrStG	Wehrstrafgesetz
WV, WRV	Verfassung des Deutschen Reichs von 1919 (Weimarer Verfassung)
ZWehrR	Zeitschrift für Wehrrecht

Erster Teil

Die Wehrgewalt

§ 1. Der Begriff der Wehrgewalt

I. Die Begriffe Wehrgewalt, Militärgewalt, Wehrhoheit und Militärhoheit in der Literatur

In der neueren wehrverfassungsrechtlichen Literatur stößt man allenthalben auf die Begriffe „Wehrgewalt“, „Militärgewalt“, „Wehrhoheit“, „Militärhoheit“, „Verteidigungsgewalt“, ohne daß deren inhaltliche Bedeutung, geschweige denn ihre systematische Stellung als geklärt bezeichnet werden kann¹. So gebraucht Maunz² den Begriff „Wehrhoheit“ im Sinne einer Exekutivfunktion des Staates, während Martens³ darunter ein materielles Hoheitsrecht des Staates versteht, „bewaffnete Streitkräfte aufzustellen und einzusetzen sowie alle dazu erforderlichen rechtlichen Vorbedingungen zu schaffen“.

Witte⁴ unterscheidet zwischen „Militärgewalt“ als der „Herrschaft des Staates über die militärischen Angelegenheiten“⁵ und „Wehrgewalt“ als der „Herrschaft des Staates über alle Angelegenheiten der Landesverteidigung“⁶. Dagegen verwendet Lepper⁷ beide Ausdrücke synonym; weist aber einmal die „Militärgewalt“ der Exekutive zu⁸ und spricht andererseits davon, daß die Dreiteilung der Staatstätigkeiten auch für die „Militärgewalt“ Gültigkeit habe⁹.

Wertenbruch¹⁰ setzt die „Wehrgewalt“ mit der Befehls- und Kommandogewalt des Art. 65 a GG gleich¹¹ und zählt sie zur vollziehenden

¹ Einen ersten Versuch in dieser Richtung hat Witte, Militärgewalt und Wehrgewalt, in: DVBl. 1965, S. 670 ff. unternommen.

² Staatsrecht (1968), S. 173.

³ Grundgesetz und Wehrverfassung (1961), S. 65. Vgl. auch ebenda, S. 96, wo der Begriff wieder in anderem Sinne definiert ist.

⁴ Militärgewalt und Wehrgewalt, in: DVBl. 1965, S. 670 ff.

⁵ Witte, a. a. O., S. 673.

⁶ Witte, a. a. O., S. 675.

⁷ Die verfassungsrechtliche Stellung der militärischen Streitkräfte im gewaltenteilenden Rechtsstaat (1962), S. 79.

⁸ Lepper, a. a. O., S. 85.

⁹ Lepper, a. a. O., S. 84.

¹⁰ Beamter, Richter, Soldat, in: DÖV 1960, S. 677.

¹¹ So auch Barth, Diskussionsbeitrag in: Stellvertretung im Oberbefehl (1966), S. 92.

Gewalt, wie es auch Salzmann¹² tut, der aber wiederum „Wehrhoheit“ und „Militärgewalt“ gleichbedeutend gebraucht¹³.

Sachau¹⁴ geht so weit, die Ausdrücke „Wehrhoheit“, „Wehrgewalt“, „Militärgewalt“ und „Verteidigung“ als bedeutungsgleich nebeneinanderzustellen und die Wehrhoheit als „Teilbereich der Staatstätigkeit, der der Gewaltanwendung gegen andere Völkerrechtssubjekte gewidmet ist“ der auswärtigen Gewalt i. S. des Art. 32 Abs. 1 GG zu subsumieren. Dürig¹⁵ schließlich findet den Ausdruck „Wehrgewalt“ überhaupt „bedenklich“¹⁶.

II. Ansatzpunkte zur Klärung der Begriffe

Kriterien zur Klärung der herrschenden Begriffsverwirrung bieten sich kaum an, zumal auch die ältere Wehrrechtsliteratur kein sehr viel anderes Bild aufweist. Begriffe haben im Recht in erster Linie praktische Bedeutung; sie wollen schlagwortartig komplexe (juristische) Sachverhalte kennzeichnen und voneinander abgrenzen.

Was im Rahmen des vorliegenden Themas gesucht wird, sind Bezeichnungen

1. für das Hoheits- bzw. Souveränitätsrecht eines Staates, sich eine bewaffnete Streitmacht zu geben;
2. für die rechtliche Fähigkeit eines Staates, dieses Hoheitsrecht mit Hilfe seiner Organe tatsächlich auszuüben;
3. für eine Unterscheidung zwischen der Rechtsmacht des Staates, die sich auf seine Verteidigungsanstrengungen insgesamt bezieht und der, die — enger — nur seine bewaffneten Kräfte meint.
4. Von alledem ist schließlich die Exekutivbefugnis des obersten Befehlshabers zur Truppenführung zu scheiden und diese sodann von der Kompetenz des obersten Wehrverwaltungschefs abzugrenzen.

1. „Wehr-“ und „Militär-“

Zur terminologischen Klärung der o. g. Ausdrücke ist es vorab erforderlich, sich in Kürze über die Wortbedeutungen der Begriffsbestandteile „Wehr-“ und „Militär-“ Klarheit zu verschaffen¹⁷.

¹² Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik (1962), S. 74.

¹³ Salzmann, a. a. O., S. 76.

¹⁴ Wehrhoheit und Auswärtige Gewalt (1967), S. 22, 86, 207.

¹⁵ Maunz-Dürig, Art. 65 a, Rdnr. 12.

¹⁶ Wohl deshalb, weil der Gebrauch dieser Bezeichnung Assoziationen an eine vierte, außerhalb der Gewaltentrennung stehende Gewalt wachrufen könnte.

¹⁷ Da von einer verfestigten juristischen Begriffsbestimmung, wie gezeigt, keine Rede sein kann, muß auf die sprachliche Bedeutung der Wörter zurückgegriffen werden.

Das Lehnwort „militärisch“ als Name für kriegerische Angelegenheiten findet sich häufiger erst seit der Mitte des 18. Jahrhunderts in der deutschen Literatur¹⁸. Sprachlich geht es auf den römischen „miles“, den „Mann einer Tausendschaft“ zurück. Im deutschen Sprachgebrauch ist es zunächst an das lat. *militaris*, später an das franz. *militaire* angelehnt¹⁹. Das lateinische Eigenschaftswort „militaris“ bedeutet ursprünglich „was sich auf die Angehörigen der Tausendschaft bezieht“. Da aber „die Gesamtheit der ‚milites‘ die römische Kriegsmacht darstellte, wurde ‚militaris‘ auch auf die Kriegsmacht als Ganzes bezogen, und schließlich darüber hinaus auf das ganze Kriegswesen überhaupt“²⁰. In dieser umfassenden Bedeutung wird „militaire“ auch heute noch im Französischen gebraucht. Dagegen verengte sich im deutschen Sprachgebrauch die Bedeutung des Wortes „militärisch“ allmählich, und wir verstehen heute unter „Militär-“, „militärisch“ nur noch das, was sich auf die organisierte bewaffnete Macht eines Staates, auf seine Streitkräfte bezieht²¹.

Das Hauptwort „die Wehr“ und das Zeitwort „wehren“ gehen auf die Sanskritwurzel „vr“ = hemmen, hindern zurück. Die Grundbedeutung im Sinne von „verteidigen“ wandelte sich schon früh zu einer umfassenderen, die auch den „Angriff“ mit einbezieht²². Für die Ausbreitung des Wortes „Wehr-“ gab die geschichtliche Entwicklung im wesentlichen drei Impulse²³: Die Befreiungskriege leiteten das Vordringen des Wortes ein²⁴. Die Frankfurter Nationalversammlung setzte 1848 einen „Wehrausschuß“ ein, sprach von der „Wehrpflicht“ und arbeitete einen „Entwurf zu einem Gesetze über die deutsche Wehrverfassung“ aus. Schließlich verhalf die nationalsozialistische Bewegung dem Ausdruck

¹⁸ *Linnebach*, Die Wehrwissenschaften, ihr Begriff und ihr System (1939), S. 23. Vgl. auch *Heyne*, Deutsches Wörterbuch, 2. Bd., Leipzig 1893, Sp. 816 Art. „Militär“.

¹⁹ *Grimms* Wörterbuch, 6. Bd., Leipzig 1885, Sp. 2216 Art. „Militär“ und „militärisch“. *Heyne*, a. a. O., Sp. 816 ff.

²⁰ *Linnebach*, a. a. O., S. 25.

²¹ Vgl. hierzu *Linnebach*, a. a. O., S. 26; *Pernthaler*, Der Rechtsstaat und sein Heer (1964), S. 124 f.; *Witte*, a. a. O., S. 671; *Duckwitz*, Der fehlerhafte militärische Verwaltungsakt (1941), S. 3; *Grimms* Wörterbuch, a. a. O., Sp. 2216 f.; *Heyne*, a. a. O., Sp. 816 f.; *Marschall v. Bieberstein*, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn (1911), S. 397/398, 400. Zum Begriff der Streitkräfte siehe *Lepper*, a. a. O., S. 11—51; *v. Unruh*, Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat, in: VVDStRL Heft 26 (1968), S. 171 und S. 202, Leitsatz 6; *Franck*, Die Rechtsnatur der bewaffneten Macht, in: DVBl. 1957, S. 149.

²² *Grimms* Wörterbuch, 14. Bd., I. Abt., 1. Teil, Leipzig 1955, Art. „Wehr“, Sp. 169 f.; *Linnebach*, a. a. O., S. 63 ff. Vgl. auch *Franke*, Handbuch der neuzeitlichen Wehrwissenschaften, 1. Bd. (1936), Art. „Wehr und wehren“, S. 670.

²³ Immer dann, wenn die Kriegsverfassung über das Militär, d. h. das stehende Heer, hinaus alle Staatsbürger zu erreichen suchte, tauchte das Wort „Wehr“ auf. *Linnebach*, a. a. O., S. 67 ff.

²⁴ Österreich schuf 1808, Preußen 1813 die „Landwehr“.