

NZWehrr 2024  
Jahrgang 66  
Heft 1

# Neue Zeitschrift für Wehrrecht

## German Military Law Review

Herausgeber

Ulf Häußler, Ministerialrat, Berlin

Ständige Mitarbeiter

Regierungsdirektor Alexander Bajumi, Berlin  
Regierungsdirektorin Danja Blöcher, Bonn/Berlin  
Direktor a. D. Peter Dreist, Bad Neuenahr-Ahrweiler  
Prof. Dr. Hans Markus Heimann, Brühl  
Prof. Dr. Michael Kawik, Mannheim  
Regierungsdirektor Ulrich Lucks, Bonn  
Regierungsdirektorin Kerstin Maaß, Münster  
Prof. Dr. Philipp-Sebastian Metzger, Mannheim  
Direktor a. D. Dr. Alexander Poretschkin, Rheinbach  
Regierungsdirektor Alexander Sanne, Bonn  
Leitender Regierungsdirektor Michael Scholze, Münster  
Direktor Klaus-Michael Spieß, Licencié en Droit  
(Montpellier I), Mannheim  
Regierungsdirektor Bjoern Voigt, Hannover  
Vizepräsident Dr. Norbert Wagner, LL.M.  
(Stellenbosch), Hürth  
Regierungsdirektor Dr. Christian Wesemann, LL.M.  
(Bristol) Fürstfeldbruck  
Ministerialrätin Dr. Katharina Ziolkowski, LL.M.  
(UNSW), Berlin

Luchterhand

---

## Impressum

**Redaktion:** Ulf Häußler, Ministerialrat, E-Mail: ulfhaeusler@gmail.com, Telefon: +49 170 5811872. Es wird darum gebeten, Beiträge ausschließlich über die E-Mail-Adresse einzureichen.

**Verlag:** Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth, Telefon (0 22 33) 37 60 - 76 46. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte einschließlich der weiteren Vervielfältigungen zu gewerblichen Zwecken.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronische Systeme.

Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.  
ISSN 0028-3525. © Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Hürth.

**Erscheinungsweise:** 6 Hefte p.a.

**Bezugspreise:** Im Jahresabonnement € 243,-, Einzelheft € 47,-. Alle Preise verstehen sich inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer, zuzüglich Versandkosten. Jahresabonnement. Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende des Vertragsjahres schriftlich gekündigt wird. Probeabonnements, die nicht acht Tage nach Erhalt des letzten Probeheftes schriftlich gekündigt werden, gehen automatisch in ein Jahresabonnement über.

**Satz:** Newgen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai

**Druck:** KRM Druk Miller Sp.K., Warszawa, Polen

**Anzeigen:** Anzeigenverkauf: Gabriele Wieneber, Telefon (0 22 33) 37 60 - 76 08,  
E-Mail: gabriele.wieneber@wolterskluwer.com  
Anzeigendisposition: Karin Odening, Telefon (0 22 33) 37 60 - 77 60,  
E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Bankverbindungen: Deutsche Bank AG, Neuwied, BLZ 574 700 47, Konto Nr. 2 028 850. Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 36 vom 1.1.2024 berechnet.

**Re:** Copyright in the USA: Authorization to photocopy items for internal or personal use of specific clients, is granted by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Hürth (FRG) for users registered with the Copyright Clearance Center (CCC) Transactional Reporting Service, provided that the base fee of \$ 2.50 per copy is paid directly to CCC, 27 Congress St., Salem, MA 01970. For those organizations that have been granted a photocopy license by CCC, a separate system of payment has been arranged. The fee code for users of the Transactional Reporting Service is: 0028-3525/87 \$ 2.50.

Luchterhand – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland.

---

# Inhalt

## Abhandlungen

Chris De Cock

**The Conflict in Gaza: Operation »Swords of Iron« and International Humanitarian Law** ..... 1

Torsten Sevecke

**Notstandsverfassung in der Zeitenwende (Teil I)** ..... 14

Joachim Welz

**Die Wehrverfassung der Weimarer Republik und die Verfassungswirklichkeit der Reichswehr (Teil I)** ..... 35

## Rechtsprechung

### Anhörung der Vertrauensperson bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens

BVerwG, Beschl. v. 15.06.2022 – 1 WB 7.21 ..... 51

### Darlegung von Zulassungsgründen

BVerwG, Beschl. v. 09.10.2023 – 1 WNB 8.23 ..... 56

### Erfolgloser Antrag auf Tatbestandsberichtigung

BVerwG, Beschl. v. 23.05.2023 – 1 WB 5.22 ..... 59

### Keine Rechtsbeschwerde in Kostensachen

BVerwG, Beschl. v. 28.09.2023 – 2 WRB 2.23 ..... 60

### Antrag auf Wiederaufnahme eines einfachen Disziplinarverfahrens

BVerwG, Beschl. v. 20.04.2023 – 2 WRB 1.23 ..... 62

## Literatur

Buchbesprechungen ..... 65

## Nachruf

Klaus Dau (1934-2023) ..... 68

---

**Die Autorinnen und Autoren der Beiträge dieses Heftes:**

Chris de Cock, Professor of Law, Vrije Universiteit Brussel and Universiteit Gent

Direktor Dr. Torsten Sevecke, Oberst d.R., Hamburg

Ministerialdirigent a.D. Joachim Welz, Oberstlt d.R., Berlin

Dr. Christian Raap, Ministerialrat, Bonn

# Abhandlungen

*Chris De Cock\**

## **The Conflict in Gaza: Operation »Swords of Iron« and International Humanitarian Law**

### **A. Introduction**

On October 7<sup>th</sup> 2023, the Izz ad-Din al-Qassam Brigades, the military wing of Hamas, launched an attack against Israel, composed of rockets fired into the territory of Israel, and a large-scale ground operation which ultimately resulted in the killings of approximately 1200–1400 civilians and hundreds of civilians being taken hostage. In response to this attack, Israel declared war and started operation »Swords of Iron«, aimed at repelling the attack, liberating the hostages, and taking all necessary measures to ensure that Hamas will never be capable again of conducting such attacks against Israel. Since the start of operation »Swords of Iron«, an estimated 14.000 civilian casualties have been reported.

Not surprisingly, this conflict raised a substantial number of legal questions. While it is impossible to discuss all the relevant issues within the limits of this article, I will nevertheless address some of them in order to clarify the most relevant ones. However, it should be recalled from the outset that this conflict is an extremely complex one, not only in view of the operational environment in which the hostilities take place, but also because many legal issues are not unequivocally settled and remain the subject of much (legal) debate. From that perspective, my contribution does not claim exhaustivity, and I accept that other views exist.

### **B. The Right of Self-defense**

One of the major questions concerns the legal basis of Israel's response to the attacks carried out by Hamas on October 7<sup>th</sup>. In its letter to the UN Security Council of October 9<sup>th</sup>, Israel stated that: »We will act in any way necessary to protect our citizens and sovereignty from the ongoing terrorist attacks originating from the Gaza strip and carried out by Hamas and other terrorist organizations. We will not stand idly by as Israelis are attacked and killed.«<sup>1</sup>

\* Professor of Law, Vrije Universiteit Brussel and Universiteit Gent. The views reflected in this paper are those of the author in his personal capacity (christan.de.cock@vub.be; DeCock.Christian@UGent.be).

While multiple States (USA,<sup>2</sup> UK,<sup>3</sup> Germany,<sup>4</sup> Belgium,<sup>5</sup>...) have recognized Israel's inherent right of self-defense; others have clearly refused the invocation thereof.<sup>6</sup>

## I. Self-Defense against Non-State Actors (NSA)

The inherent right of self-defense is clearly enunciated in Article 51 of the UN Charter and must be interpreted in light of the general prohibition to use force as enshrined in Article 2(4) of the UN Charter. As explained by Milanovic: »(T)he exception does not apply *at all* if the prohibition itself is not engaged, and that prohibition is at least *prima facie* inter-state in nature«.<sup>7</sup>

The traditional cornerstone rule against the use of force under the UN Charter is »state-centric«, leading some commentators to argue that Article 51 can only be interpreted in an *inter-State* context.<sup>8</sup> However, neither the text of Article 51, nor the »*travaux préparatoires*« point out that the author of an armed attack should be a State.<sup>9</sup> This is particularly relevant when an armed attack is launched from an area under the control of a non-State actor (NSA), such as Hamas.

Two options must be distinguished: the NSA can be linked to another State or not. In the former case, no specific difficulties arise. If the acts of the NSA can be attributed to another State (e.g. Iran),<sup>10</sup> we simply return to the familiar inter-state relationship.<sup>11</sup> If not, however, opinions differ as to the existence of a right of self-defense in response to an armed attack carried out solely by an NSA.

<sup>1</sup> S/2023/742. Interestingly, Israel made no explicit reference to Article 51 and the right of self-defense, nor to any »armed attack« which may have triggered the exercise thereof.

<sup>2</sup> S/PV.9439, 3.

<sup>3</sup> S/PV.9439, 4.

<sup>4</sup> S/PV.9451, 12.

<sup>5</sup> S/PV.9451, 51.

<sup>6</sup> E.g., Jordan (S/PV.9439, 12), Iran (S/PV.9451, 1), Russia (S/PV.9453, 3).

<sup>7</sup> Milanovic, Does Israel Have the Right to Defend Itself?, EJIL:Talk!, 14 November 2023; Schmitt, Israel – Hamas 2023 Symposium – The Legal Context of operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron, Lieber West Point, 10 October 2023; Van Steenberghe, A plea for a right of Israel to self-defense in order to restrict its military operations in Gaza; when jus ad bellum comes to the aid of jus in bello, EJIL:Talk!, 16 November 2023.

<sup>8</sup> Kress, Major Post-Westphalian Shifts and Some Important Neo-Westphalian Hesitations in the State Practice on the International Law on the Use of Force, Journal on the Use of Force and Int'l L 1 (2014), 11–54.

<sup>9</sup> Murphy, Terrorism and the Concept of »Armed Attack« in Article 51 of the UN Charter, 43 Harv Int'l L J 41, 50 (2002).

<sup>10</sup> Maddocks, Israel-Hamas 2023 Symposium – Iran's Responsibility for the Attack on Israel, Lieber West Point, 20 October 2023, who states that: »It seems more likely, however, that the most that can be proven with certainty is Iran's ongoing military and financial support to Hamas. If the available evidence supports no greater Iranian involvement in the attack than this, Hamas's conduct in violation of international law is not attributable to Iran.« On the relationship between NSAs and sponsor States: Khaitan, Alternative to the Existing Rule of Attribution for Use of Force by Non-State Actors in Armed Conflict, JCSL 26 (2021), 41–78.

<sup>11</sup> On the relationship between Article 2(4), Article 51 and attribution, see Lanovoy, The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct, 28 EJIL 563–585 (2017); Plakokefalos, The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct: A Reply to Vladys-

Some States and commentators, backed up by the findings of the ICJ,<sup>12</sup> require the existence of the aforementioned »nexus«,<sup>13</sup> while others accept that NSAs are capable of launching armed attacks in the absence thereof.<sup>14</sup> Although the issue has not yet been definitively settled, there is nevertheless a growing tendency to accept the latter position.<sup>15</sup> Therefore, it becomes more challenging to maintain the view that Article 51 is exclusively aimed at *inter-state* relations. I tend to agree with this expansionist approach.<sup>16</sup>

## II. Self-Defense and the Proportionality Requirement

The right of self-defense can only be exercised when the State has been the subject of an armed attack. While the UN Charter does not define the notion of »armed attack«, it is generally accepted that it requires a high threshold in terms of »scale and effects«.<sup>17</sup>

lav Lanovoy, 28 EJIL 587–593 (2017); Lanovoy, The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct: A Rejoinder to Ilias Plakokefalos, 28 EJIL 595–599 (2017).

12 ICJ, *Legal consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, 139; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Rep. 2005, 147. However, see also the respective opinions by Judges Kooijmans and Simma in the latter case expressing their dissatisfaction with the Court's lack of acceptance that armed attacks can be perpetrated by NSAs.

13 Kunz, Individual and collective self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, 41 AJIL 878 (1947). See also Ruys who argues that: »Developments after 9/11 nonetheless confirm the view that the scope of self-defence *vis-à-vis* non-State attacks is undergoing a transformation.« Ruys, *International Law on the Use of Force*, in: *Wouters/De Man/Verlinden* (eds.), *Armed Conflicts and the Law* (2016), 121.

14 Lubell, *Extraterritorial Use of force Against Non-State Actors* (2010), 35: »It is, therefore, apparent that even in historical terms, the concept of self-defence as a result of attacks by non-state actors has been recognized by states; *Bethlehem*, Self-Defence Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors, 106 AJIL 774 (2012): »A number of additional commentators, including Dinstein, Franck, Schmitt and Paust, all support the view that states have a right of self-defence against non-state actors. In light of all the above, it is therefore submitted that self-defence may lawfully be invoked in response to attacks perpetrated by non-state actors«. See also *Gill/Tibori-Szabo*, Twelve Key Questions on Self-Defense against Non-State Actors, 95 Int'l L. Stud 467, 490 (2019): »The view emerging from the preceding analysis is that post 9/11 State practice has shown a strong tendency to accept the legality, in principle, of self-defence against NSAGs. Security Council resolutions and various international legal instruments supporting such an interpretation underscore this point.« See also the letters by many States to the UN Security Council in the aftermath of the 9/11 attacks, as well as the letters sent by States in justifying the recourse to force against ISIS in Iraq and Syria; *Schmitt*, Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the »Fog of Law«, 13 Yb Int'l Hum L 317 (2010).

15 *Blank*, The Extent of Self-Defence Against Terrorist Groups: For How Long and How Far?, 47 Israel Yb on Human Rights 265 (2017). See also the multiple Letters to the UN Security Council in the aftermath of the 9/11 attacks, as well as the Letters sent in justifying the use of military force against ISIS in Iraq and Syria.

16 For a discussion on the restrictivist *versus* expansionist view on self-defence: *De Hoogh*, Restrictivist Reasoning on the *Ratione Personae* Dimension of Armed Attacks in the Post 9/11 World, 29 LJIL 19–42 (2016); *Van Steenberghe*, The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists' Side, 29 LJIL 43–65 (2016).

17 In the *Nicaragua* case, the ICJ distinguished between »armed attacks« and »mere frontier incidents« (ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, 1986, ICJ Rep. 14, 195). See also Ruys, *Use of Force and collective Security*, in: *Wouters/Ryngaert/Ruys/De Baere* (Eds.), *International Law: a European Perspective* (2019), 608.

#### 4 The Conflict in Gaza: Operation »Swords of Iron« and International Humanitarian Law

A systematic terrorist attack may thus constitute an armed attack if it would have been classified as an armed attack had it been carried out by regular armed forces.<sup>18</sup> Having regard to the complex attack carried out by Hamas on October 7<sup>th</sup>, which should not to be viewed as an isolated act but rather as the latest one in a series of attacks (»accumulation of events«),<sup>19</sup> it is clear that it constituted an »armed attack« for the purpose of Article 51 of the UN Charter.

In exercising its inherent right of self-defense, Israel must also comply with the conditions of »necessity« and »proportionality«.<sup>20</sup> However, there are different interpretations on what the notion of proportionality really entails.<sup>21</sup> This is particularly relevant in view of the fact that public opinion seems to advocate that the Israeli response is clearly disproportionate when it results in more than 14.000 Palestinian casualties in comparison to the 1.400 Israeli victims.<sup>22</sup> I strongly disagree with this »quantitative proportionality«-position according to which the law requires to stop the fight once the number of civilian casualties reaches a certain threshold. As correctly pointed out by Milanovic: »(...) this type of proportionality has generally not found state support for anything resembling the scale of the 7 October attack.«<sup>23</sup>

This author supports the »ends-means«-interpretation, meaning that one has to analyze proportionality in view of the strategic end-state for which the State resorts to the use of force in self-defense.<sup>24</sup> The fact that Israel intends not only to repel the armed attack, but also to prevent further attacks by the total dismantling of the al-Qassam Brigades and its infrastructure, does not automatically lead to a disproportional result. According to Dinstein, »a war of self-defence may be carried out until it brings about the complete collapse of the enemy belligerent, and (as in the case of World War II) it can be fought in an offensive mode to the last bunker of the enemy

<sup>18</sup> ICJ, Nicaragua (n 17), 195.

<sup>19</sup> *Ruys*, »Armed Attack« and Article 51 of the UN Charter (2010), 168–175.

<sup>20</sup> ICJ, Nicaragua (n 17), 94; ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, ICJ Rep. 226, 245; ICJ, Case Concerning Oil Platforms, 2003, 42 ILM 1361, 1362 (2003).

<sup>21</sup> *Akande/Liefländer*, Clarifying Necessity, Imminence, and proportionality in the Law of Self-Defence, 107 AJIL 566 (2013); *Kretzmer*, The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum, 24 EJIL 238–239 (2013).

<sup>22</sup> *Haque*, Enough: Self-Defence and Proportionality in the Israel-Hamas Conflict, Just Security, 6 November 2023: »A State may not destroy an adversary's capacity to launch future attacks at grossly disproportionate cost to civilians, whether or not this aim is legitimate in the first place.«

<sup>23</sup> *Milanovic* (n 7). In the same way, Corn argues that »the responding state will often be acting not only to repel an initial attack but also to prevent subsequent attacks from an ongoing threat. Requiring the state to limit the response to only measures that inflict harm analogous to that which it suffered as the victim of an unlawful armed attack would frequently prevent the range of measures that would ensure the self-protection objective of the action.« *Corn*, The Essential Link between Proportionality and Necessity in the Exercise of Self-Defense, in: *Kress/Lawless* (eds.), Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law. Lieber Studies Vol. 5 (2021), 99.

<sup>24</sup> The US DoD Manual points out that: »Proportionality involves the weighing of the contemplated actions with the justification for taking action. For example, the proportionality of the measures taken in self-defense is to be judged according to the nature of the threat being addressed. Force may be used in self-defense, but only to the extent that it is required to repel the armed attack and to restore the security of the party attacked. As an illustration, assessing proportionality of measures taken in self-defense may involve considerations of whether an actual or imminent attack is part of an ongoing pattern of attacks or what force is reasonably necessary to discourage future armed attacks or threats thereof.« See also *Kretzmer* (n 21), 240.

dictator.«<sup>25</sup> What is required, is whether there is a continuing threat emanating from Hamas to Israel and that its actions are necessary and proportionate to counter that threat. I fully agree with O'Meara when he states that the (potential) »destruction« of the NSA is a means, rather than an end.<sup>26</sup>

On the other hand, some kind of quantitative asymmetry may be indicative of disproportionality, but only if backed up by other indicators.<sup>27</sup> In any case, the truth is that »there is no metric or settled vocabulary for weighing military war aims with civilian harm.«<sup>28</sup> In sum, proportionality will be based on the necessity of the means used to halt and repel the attack and to prevent further attacks by harming the military capacity of the enemy.<sup>29</sup> Finally, let's also recall that the calculation of proportionality under the »*jus ad bellum*« and the »*jus in bello*« are fundamentally different: whereas the former intends to measure the force used in an operation of self-defense in its entirety, the latter considers the force applied against a specific military target.<sup>30</sup> Both proportionality assessments should not be blended because »this, in turn will produce a secondary negative analytical distortion: conflating the obligations imposed by *ad bellum* and *in bello* variants of proportionality obligations and an accordant comparison between the extent of civilian casualties suffered by each party to the conflict.«<sup>31</sup>

25 *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence (4<sup>th</sup> ed., 2005), 240.

26 *O'Meara*, Necessity and proportionality and the Right of Self-Defence in International Law (2021), 211: »This is to say that it might well be necessary to destroy the group of NSAs, but the necessity arises from a defensive purpose: halting, repelling or preventing armed attacks. (...) Necessity and proportionality can only possess meaning and have the capacity to restrain state action if the defensive purpose is understood in this way. Otherwise, military operations against NSAs are rendered unrestricted.« See also Ruys, stating that »the 2018 of the ILA Committee on the Use of force acknowledging that there is significant support and practical reason to accept that the UN Charter should be read as accepting that self-defense measures may take into account the need to ensure that the attacker has not simply momentarily refrained from operations while the attacks are in fact set to continue in the near future.« *Ruys*, In Defence of the »Halt and Repel« Formula? A Reply to Yishai Beer, 33 *EJIL* 920 (2022).

27 *Schachter*, The Right of States to Use Armed Force, 82 *Mich L R* 1635–1637 (1984): »(...) a comparison must be made between the quantum of force and counter-force used, as well as the casualties and damage sustained.«

28 *Kels*, The Problem of Proportionality: A Response to Adil Haque, *Just Security*, 14 November 2023.

29 *Kretzmer* (n 21), 270 and 280.

30 *Kritsiotis*, A study of the scope and operation of the rights of individual and collective self-defence under international law, in: *White/Henderson* (Eds.), Research handbook on International Conflict and Security Law. *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello* and *Just post Bellum* (2013), 211–212. See also *van Steenberghe*, Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship, 45 *Israel L R* 107–124 (2012).

31 *Corn* (n 23), 99–100. See also Sloane arguing that »The use of civilian casualties as an automatic trigger for claims of war crimes and of unjust wars (...) holds the advanced military to an entirely different standard than the insurgent group. While the insurgent group faces what appear to be lower standards than those present in IHL, the military essentially faces a standard of strict liability rather than the standards actually set forth in both IHL and in the law governing the use of force. In the former, the law requires a measure of intent to find an IHL violation, whether in the intentional killing of civilians or in the launching of an indiscriminate attack on civilians, one that violates the principle of proportionality under *jus in bello*. In the latter, civilian casualties are not a relevant factor at all.« *Sloane*, *The Cost of Conflation: preserving the Dualism of Jus Ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War*, 34 *Yale J Int'l L* 47 (2009).

### C. Conflict classification

In order to determine the applicable rules regulating the conduct of hostilities between Israel and Hamas, it is necessary to clarify the type of armed conflict in which these protagonists are involved. Two issues require close scrutiny. Firstly, whether this conflict is international (IAC) or non-international (NIAC) in nature and, secondly, if the laws of belligerent occupation apply (or not).

#### I. Non-international armed conflict

The distinction between IAC and NIAC is primarily based on the identity of the actors and not the geographical scope of the fighting.<sup>32</sup> In other words: an IAC requires the involvement of two or more States. Having regard to the fact that Hamas is not a State, it follows from this that the conflict cannot be characterized as an IAC, unless Hamas would act as *de facto* organ of another State (e.g. Iran). According to the ICTY, the control required by international law may be deemed to exist »when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group.«<sup>33</sup>

This »overall control«-test, while still not unanimously accepted, has been endorsed by the ICRC<sup>34</sup> and the ICC<sup>35</sup> as the appropriate test for the purpose of conflict classification in the context of internationalized armed conflicts. In any case, it can be concluded that neither the »overall control«-test, nor the »effective control«-test, would be satisfied if applied in the context of this conflict and Iran's role towards Hamas.

Having concluded that no IAC exists, let's turn to the applicability of the laws of NIAC to this conflict. As a preliminary matter, it is necessary to recall that Israel is not a State Party to AP II and, consequently, that regulatory framework does not apply. But what about Common Article 3 of the Geneva Conventions (CA 3)? In order to distinguish situations of internal disturbances from »protracted« armed conflict, two criteria must be evaluated: the degree of organization of the belligerent parties and the intensity of the violence. The level of organization needed to qualify an armed group as sufficiently organized for the purpose of NIAC-qualification include, non-exhaustively, the existence of a command structure, the capacity of carrying out operations in an organized manner, the level of logistics, the level of discipline and the ability of the group to implement the obligations stemming

32 Kleffner, Scope of Application of International Humanitarian Law, in: *Fleck*, The Handbook of International Humanitarian Law (3<sup>rd</sup> ed., 2013), 44.

33 ICTY, *Prosecutor v Tadic*, Case N° IT-94-1-A, A. Ch., 15 July 1999, 137.

34 Dörmann/Lijnzaad/Sassoli/Spoerri (eds.), Commentary on the First Geneva Convention (2016), 271.

35 ICC, *Prosecutor v Lubanga*, Judgment, T. Ch. I, 10 July 2012, para. 541; ICC, *Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Case N° ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, T. Ch. VIII, 27 September 2016, 49–50.

from CA 3, and the ability to speak with one voice.<sup>36</sup> In terms of intensity, the following (non-exhaustive) criteria have been proven to be indicative of the required level: the seriousness of the attacks, the numbers of civilians forced to flee the area, the type of weapons used, the blocking or besieging of towns, the extent and the number of casualties, as well as the quantity of troops and units deployed.<sup>37</sup> Both conditions being fulfilled, it is safe to conclude that the conflict between Hamas and Israel is a NIAC regulated by the laws of NIAC applicable in that type of conflict.

## II. Belligerent occupation

It has been argued that the conflict in Gaza is also governed by the laws of belligerent occupation. But notwithstanding the disengagement of the IDF in 2005, can it still be argued that Israel is an occupying power? Article 42 of the Hague Regulation defines belligerent occupation in the following terms: »Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.«

In view of the physical withdrawal of the IDF in 2005 and the factual administration of the Gaza strip by Hamas after the 2006 elections, it appears that at least two major conditions are not met: the presence of an occupying army, and the establishment of a temporary Israeli administration over the Gaza strip.

According to the ICTY, the following criteria must be considered relevant: the occupying power must be in a position to substitute its own authority for that of the occupied authorities, the enemy's forces have surrendered, been defeated or withdrawn; the occupying power has a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt; a temporary administration has been established over the territory; and the occupying power has issued and enforced directions to the civilian population.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> ICTY, *Prosecutor v. Boskoski & Tarculovski*, Case N° IT-04-82-T, T. Ch., Judgment, 10 July 2008, 199–203. See also ICC, *Prosecutor v. Hassan*, Case N° ICC-01/12-01/18, Prel. Ch., 13 November 2019, 206–214. See also *Arai-Takahashi*, *Thresholds in Flux – the Standard for Ascertaining the Requirement for Organization for Armed Groups under International Humanitarian Law*, 26 JCSL 79–115 (2021).

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 175–177. See also ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, Case N° IT-04-84-2, T. Ch. I, Judgment, 3 April 2008, 49; ICC, *Prosecutor v. Hassan*, (n 32), paras. 215–220. This interpretation was also echoed in the »Targeted Killing« case where the High Court of Justice of Israel stated that: »Indeed, in today's reality a terrorist organization may have a considerable military capacity, sometimes exceeding even the capacity of states. Dealing with these dangers cannot be limited merely to the internal affairs of a state and its criminal law.« (HCJ, *The Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel*, Case N° 769/02, 11 December 2005, 21). On the »protracted« character of the hostilities as an element of appraisal for the intensity requirement: *Hrnjaz; Popovic*, *Protracted Armed Violence as a Criterion for the Existence of non-International Armed Conflict: International Humanitarian Law, International Criminal Law and Beyond*, 25 JCSL 473–500 (2020).

<sup>38</sup> ICTY, *Prosecutor v. Naletilic*, Case N° IT-98-34-T, T. Ch., Judgment, 31 March 2003, 211.

**8** The Conflict in Gaza: Operation »Swords of Iron« and International Humanitarian Law

According to the ICRC, a situation of »remotely-controlled« occupation is possible.<sup>39</sup> Let us assume for the sake of argument that this were the correct view. How can a remotely occupying force implement legal obligations requiring physical presence in the occupied territory, e.g. the maintaining and restoring public order?<sup>40</sup> Impossible to achieve. Notwithstanding the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt, it is also clear that the current situation in the Gaza strip demonstrates that Israel was in no position to fulfil this requirement without engaging immediately in heavy combat fights, which must be distinguished from situations of »sporadic local resistance«. Additionally, it remains unclear which obligations of the laws of belligerent occupation would apply as binding law. As stated by Ferraro: »Lowering the threshold of effective control by ignoring the requirement that the occupant must have a presence in the occupied territory will ineluctably affect the application of occupation law. (...) Any attempt to lower the threshold of effective control – particularly by not requiring the physical presence of hostile troops in the occupied territory – will necessarily diminish the importance and extent of the occupant’s obligations since, in such instances, it will generally not be in a position to assume them.«<sup>41</sup>

Indeed, the laws of belligerent occupation are not a »menu à la carte« where some provisions would apply and others would not in what appears to be some kind of »flexible belligerent occupation«. There is no intermediate status between being an occupying power, in which case the full spectrum of obligations stemming from the laws of belligerent occupation apply, and the situation of not being an occupying power, in which case no such obligations apply.

The necessity to have »boots on the ground« was also formulated by the European Court of Human Rights in the *Chiragov* case: »Military occupation is considered to exist in a territory, or part of a territory, if the following elements can be demonstrated: the presence of foreign troops, which are in a position to exercise effective control without the consent of the sovereign. According to widespread expert opinion, physical presence of foreign troops is a *sine qua non* requirement of occupation, that is, occupation is not conceivable without »boots on the ground«, therefore forces exercising naval or air control through a naval or air blockade do not suffice.«<sup>42</sup>

Furthermore, it should also be recalled that Hamas has been exercising authority in Gaza after Israel’s disengagement from the Gaza strip, including responsibility

<sup>39</sup> *Dörmann et al*, GC I (n 34), 308: »Today, the continued exercise of effective control from outside a previously occupied territory cannot be discarded.«

<sup>40</sup> See also Articles 46, 52, 53, and 56 of The 1907 Hague Regulations, as well as Articles 55, 56, 59, and 66 of GC IV. As correctly pointed out by Ferraro, *Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law*, 94 IRRC 145 (2012): »Should the occupier not be in a position to effectively assume those duties under occupation law (in particular when it has removed its troops from the foreign territory), it would then become quite meaningless to invoke occupation as the legal frame of reference.(...) This bolsters the view that the occupant’s presence is a precondition for establishing the existence of a state of occupation.«

<sup>41</sup> Ferraro (n 40), 147.

<sup>42</sup> ECHR, *Chiragov and Others v. Armenia*, Case N° 13216/05, Judgment (Merits), 16 June 2005, 96; ECHR, *Sargsyan v. Azerbaijan*, Case N° 40167/06, Judgment, 16 June 2015, 94; ECHR, *Georgia v. Russia (II)*, Case N°38263/08, Judgment, 21 January 2021, 195.

for public services such as education, policing, sanitation and hospitals. Consequently, Israel lacks the required level of control necessary for occupation purposes.<sup>43</sup>

#### D. The conduct of hostilities

As a preliminary matter, it should be recalled that the principles underpinning the targeting process equally apply during NIACs,<sup>44</sup> e.g. distinction, proportionality, the requirement to take precautionary measures, and the restrictions/prohibitions relative to the means and methods of warfare. But as correctly pointed out by one commentator, »there remain nevertheless decisive differences between IACs and NIACs and this makes it indispensable to maintain the distinction between them.«<sup>45</sup>

While the current conflict in Gaza raises multiple questions relative to the »*jus in bello*«, I will limit myself to the following contentious issues, namely: the tunnel system of Hamas and protected objects, targeting Hamas fighters, the use of (imprecise) rocket systems, the protection of hospitals, and siege warfare.

#### I. The tunnel complex

The tunnel system of Hamas constitutes a major dilemma for the IDF.<sup>46</sup> Under IHL, such tunnels can be defined as military objectives.<sup>47</sup> However, even tunnel systems must be assessed on their contribution to the enemy's military action on a case-by-case basis, because it cannot be excluded that some parts of it could potentially be used to shelter civilians or used for humanitarian purposes.<sup>48</sup> The potential presence of hostages in the tunnel system of Hamas will be an additional point of concern when considering the targeting thereof.

The problem, however, is that crucial parts of Hamas' tunnel infrastructure are located in/under special protected objects, such as hospitals (e.g. the Al-Shifa hospital), which raises the question under what conditions such infrastructure may be

<sup>43</sup> *Cuyckens*, Revisiting the Law of Occupation (2018), 36; *Shany*, The Law Applicable to non-Occupied Gaza: A Comment on *Bassiouni v. The Prime Minister of Israel*, 42 Israel L R 105 (2009); *Benvenisti*, The International Law of Occupation (2<sup>nd</sup> ed., 2012), 212; *Rostow*, Gaza, Iraq, Lebanon: three occupations under international law, 37 Israel Yb on Human Rights 217 (2007).

<sup>44</sup> *Schmitt*, The Law of Targeting, in: *Ducheine/Schmitt/Osinga* (eds.), Targeting: the Challenges of Modern Warfare (2016), 123.

<sup>45</sup> *Melzer*, International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction (2019), 53.

<sup>46</sup> *Richemond-Barak/Voiculescu-Holvad*, The Rise of Tunnel Warfare as a Tactical, Operational, and Strategic Issue, *Studies in Conflict & Terrorism*, 23 August 2023, 1–20.

<sup>47</sup> Article 52(2) of AP I: »insofar as objects are concerned, military objectives are ... those which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture, or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.« In the same way: *Richemond-Barak*: »Tunnels serve as lines of communication, military headquarters, means of offensive warfare, or weapon caches, they resemble military bases, ammunition depots, and other objects that have traditionally been regarded as military by nature. I see no reason to oppose a qualification as military objective by nature in such circumstances.«

<sup>48</sup> *Wallace; Reeves*, Israel – Hamas 2023 Symposium – Targeting Gaza's Tunnels, Lieber Institute West Point, 14 November 2023.

## 10 The Conflict in Gaza: Operation »Swords of Iron« and International Humanitarian Law

attacked.<sup>49</sup> Firstly, it is recalled that no object enjoys absolute protection under IHL, in the sense that these objects may under no circumstances be attacked.<sup>50</sup> Indeed, while hospitals, cultural objects, and goods and installations containing dangerous forces enjoy special protection,<sup>51</sup> it is also clear that this immunity can be lifted in accordance with the respective rules governing their special protection. Hospitals, for example, lose their special protection if they are used outside their humanitarian tasks to conduct acts which are harmful to the enemy.<sup>52</sup>

If hospitals become military targets, those who decide upon their attack must still comply with the rule of precautions in attack and the proportionality rule. The former demands that all feasible precautions are taken to avoid or, in any case, to minimize collateral damage (CD) to civilians and civilian infrastructure,<sup>53</sup> the later requiring that the expected incidental damage, if unavoidable, may not be »excessive« in relation to the anticipated direct and concrete military advantage to be gained from the attack.<sup>54</sup> Two elements should be clarified at this stage. Firstly, »extensive« and »excessive« (or »clearly excessive«)<sup>55</sup> are not interchangeable notions.<sup>56</sup> Indeed, collateral damage estimations cannot be reduced to a mathematical sum up of potential civilian casualties and which can be assessed in isolation. This means that the expected CD can only be assessed in relation to the anticipated military advantage.<sup>57</sup> Secondly, proportionality is an »*ex ante*« analysis, based on the intelligence which is reasonably available to the military commander.<sup>58</sup> If no or only minor CD was expected at the time when the commander launched the attack and it appears »*ex post facto*« that CD did occur, this does not automatically lead to the conclusion that a war crime was committed.<sup>59</sup> To prevent CD in an urban setting is extremely difficult in circumstances where the enemy does not ensure a minimum separation between military objectives and civilian areas, in particular when the latter uses the civilian population as human shields.<sup>60</sup>

49 The term »attack« under the »*jus in bello*« should be distinguished from the term »armed attack« under the »*jus ad bellum*« and is defined as »act of violence against the adversary, whether in offense or defence« (Article 49(1) of AP I).

50 On the need to provide hospitals with absolute protection, see *Gordon; Perugini*, »Hospital Shields« and the Limits of International Law 30 EJIL 439–463 (2019); *Beer*, Save the Injured – Don't Kill IHL: Rejecting Absolute Immunity for »Shielding Hospitals«, 30 EJIL 465–480 (2019).

51 On special protection in times of NIAC, see *Verhoeven*, The Protection of Civilians and Civilian objects against Hostilities, in: *Wouters et al* (n 13), 300–303.

52 Article 21 of GC I.

53 Article 57(2)(a)(ii) of AP I.

54 Article 57(2)(a)(iii) of AP I. See also *Griffiths*, Attacks and Warnings in Urban Warfare, Lieber Institute West Point, 9 November 2023; J. Holland, Military objective and collateral damage, 7 Yb Int'l Hum L 35–78 (2004); *Neuman*, Applying the rule of proportionality: force protection and cumulative assessment in international law and morality, 7 Yb Int'l Hum L 79–112 (2004).

55 Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute.

56 *Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of force by States (2004), 107.

57 On the components of the equation, see *van den Boogaard*, Proportionality in International Humanitarian Law. Principle, Rule and Practice (2019), 237–290.

58 *Schmitt/Widmar*, The Law of Targeting, in: *Ducheine et al* (n 44), 140–141.

59 *Merriam*, Israel – Hamas 2023 Symposium – Inside IDF Targeting, Lieber Institute West Point, 20 October 2023.

60 *Oeter*, Specifying the Proportionality Test and the Standard of Due Precaution: Problems of Prognostic Assessment in Determining the Meaning of »may Be Expected« and »Anticipated«, in: *Kress/Lawless* (n 23), 343–366.

## II. Hamas and its rocket system

The »modus operandi« of Hamas and other terrorist groups, such as the Islamic Jihad, consists mainly of operating their weapon systems from or in the near vicinity of civilian objects, and the firing thereof into the territory of Israel.

Regarding the latter, it is clear that firing imprecise rockets which cannot be directed against specific military objectives is a clear violation of the prohibition to conduct indiscriminate attacks.<sup>61</sup> On multiple occasions, the ICTY has determined that such attacks amount to war crimes under its Statute.<sup>62</sup>

Moreover, the use thereof in the close vicinity of protected civilian infrastructure remains also highly problematic in view of the obligation to avoid locating military objectives in densely populated areas, and to evacuate civilians from such zones. While the IDF has consistently called upon the civilian population to leave the combat areas, Hamas has done the opposite. It could be argued that this civilian presence is misused by Hamas to shield themselves from lawful attacks. Indeed, Article 57(7) AP I, reflecting customary law in both IAC and NIAC, prohibits the use of human shields.<sup>63</sup>

## III. Targeting Hamas fighters

Another targeting issue relates to the question who can be attacked in the framework of a NIAC, in particular since combatant status for members of OAGs does not exist in this type of conflicts.<sup>64</sup> According to IHL, members of organized armed groups are civilians who directly participate in the hostilities (DPH) and only for such time they take a direct part in the hostilities can they be directly attacked. Different views exist on »DPH«, a notion that has not been defined under IHL. According to the restrictive approach of the ICRC, members of OAGs can be attacked, but only when they exercise a »continuous combat function«.<sup>65</sup> However,

<sup>61</sup> Article 51(4) of AP I.

<sup>62</sup> ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Case N° IT-98–29, A. Ch., 30 November 2006, 335; ICTY, *Prosecutor v. Milosevic*, Case N° IT-98–29/1-T, 12 December 2007, 93; ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case N° IT-95–14-T, T. Ch. I, 3 March 2000, 650–651.

<sup>63</sup> *Schmitt*, Israel – Hamas 2023 Symposium – What is and is not human Shielding?, Lieber Institute West Point, 3 November 2023. As explained by Schmitt: »The *general* prohibition on using human shields does not extend to using civilian objects, such as civilian residences or schools, to shield from attack. Only if there are civilians or other protected persons in them, and if it is the intention that their presence be used to shield against attack, is there a violation from the rule.« See *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law (2005), Rule 97.

<sup>64</sup> But even assuming the conflict was international in nature, members of Hamas would still not qualify as combatants having regard of their blatant and systemic disregard for the laws and customs of war; the latter being a constitutive element of combatant status. In the same way: *de Hemptinne*, Classifying the Gaza Conflict Under International Humanitarian Law, a Complicated Matter, EJIL:Talk!, 13 November 2023.

<sup>65</sup> *Melzer*, Interpretive Guidance On The Notion Of Direct Participation In Hostilities Under International Humanitarian Law (2009), *passim*. See also: *Chesney*, Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal force, 13 Yb Int'l Hum L 39–49 (2011).

many States and scholars have rejected this restrictive view on DPH and adopted the view that all members of OAGs are targetable based on their membership of such organizations.<sup>66</sup> I agree with this latter position.<sup>67</sup>

#### IV. Siege warfare and humanitarian assistance<sup>68</sup>

The decision by Israel's MOD to cut-off water, fuel and electricity fused the discussion on the legality of siege warfare in times of armed conflict. However, siege warfare is not a novelty and was already used long before the Gaza conflict. The question here is to determine the legal parameters relative to this particular method of warfare.<sup>69</sup> In general, the rules governing distinction, precautions and proportionality also apply in siege warfare, which can be defined as the maneuver to isolate the enemy in order to force him into submission by cutting him off from all forms of support.<sup>70</sup>

However, starvation of civilians cannot be the aim of laying siege.<sup>71</sup> Food supplies do not lose their protection simply because they are also used by the enemy; only when they are solely used for the enemy can they lose their protection.<sup>72</sup> According to the ICRC customary rules, sieges do not violate the prohibition »as long as the purpose is to achieve a military objective and not to starve a civilian population.«<sup>73</sup> But must the besieging army allow food, drinking water and other essential services to enter the besieged area, which may conflict with the principle of military necessity of depriving the enemy of such goods?<sup>74</sup> This leads us to the rules governing humanitarian assistance, requiring (or not) the besieging army to allow relief operations for the profit of the civilian population. While humanitarian assistance cannot be »arbitrarily« refused, the besieging army retains a right of control in order to ensure that these goods will not be diverted by the enemy to support or sustain its military operations.

66 *Schmitt*, Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements, 42 NYU JI Int'l L & Pol 697–738 (2010).

67 *De Cock*, Counter-Insurgency operations in Afghanistan. What about the »Jus ad Bellum« and the »Jus in Bello«: is the Law Still Accurate? 13 Yb Int'l Hum L 117–120 (2010).

68 For the purpose of this article, the term »humanitarian assistance« is interchangeable with the terms »humanitarian aid«, »relief assistance«, and »relief operation«.

69 *Akande/Gillard*, Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian relief operations in Situations of Armed Conflict (2016); *Harmer/Stoddard/Sarazen*, Humanitarian Access in Armed conflict: A Need for New Principles? (2018), 1–30.

70 *Corn/Watts*, Israel – Hamas 2023 Symposium – Siege Law and Military Necessity, Lieber Institute West Point, 13 October 2023.

71 Article 54(1) of AP I. See also *Dannenbaum* who argues that: »To engage purposefully in the deprivation of objects intrinsically indispensable to survival is to engage in starvation as a method of warfare, regardless of ultimate aim and regardless of whether the object is scarce at the time of the deprivation.« Israel – Hamas 2023 Symposium – Siege Law and Military Necessity, Lieber Institute West Point, 16 October 2023.; *Conley; de Waal*, The Purposes of Starvation. Historical and Contemporary Uses, 17 JI Int'l Crim Justice 709 (2019).

72 *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (eds.), Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions (1987), 2112.

73 *Henckaerts/Doswald-Beck* (n 63) Rule 53.

74 *Sharpe*, Humanitarian access to Gaza, EJIL:Talk!, 20 November 2023.

However, it should also be noticed that divergent views exist on the necessity to allow relief actions in besieged areas. As argued by Watts, »discretion to withhold consent to offers of humanitarian relief actions is an entirely logical, if potentially cruel, outgrowth of the isolation imperative and operational experience. It is worth considering (...), that the presently permissive rules for withholding consent to relief actions reflect not inadequacies but rather the presently-operative balance between humanity and military necessity«.<sup>75</sup>

Having said that, it remains unclear where the dividing line is between allowing relief operations and the military necessity which led to the decision to impose siege warfare. While it could be argued that cutting-off electricity complies with the requirement of military necessity, it may prove harder with regard to the deprivation of water.<sup>76</sup> But as argued by Lauterbach, »in light of the current force and scale of attacks committed on Israel's territory by Hamas fighters coming from the Gaza strip, gaining control over the situation via siege presents as a viable military measure«.<sup>77</sup>

## E. Concluding remarks

Based on the foregoing and having regard to the information currently available, we can safely conclude that:

- Israel has the inherent right to defend itself against the armed attack carried out by Hamas on October 7<sup>th</sup> 2023.
- The conflict between Israel and Hamas is a non-international armed conflict, governed by common Article 3 GC (and other applicable law for that type of conflict).
- The Gaza strip is not occupied territory.
- Members of the armed wing of Hamas qualify as legitimate military targets.
- Firing imprecise rockets into Israel qualifies as indiscriminate attacks as defined under IHL.
- The use of human shields and the taking of hostages constitute war crimes.
- Hospitals enjoy special protection, but this immunity can be lifted if they are used, outside their humanitarian duties, to commit acts which are harmful to the enemy.
- Siege warfare is not illegal »per se«, but deliberate starvation of civilians is prohibited.
- The civilian population must have access to humanitarian assistance. This assistance cannot be arbitrarily refused, but Israel retains a right of control in order to ensure that it is not diverted to serve the military operations of Hamas.

<sup>75</sup> Watts, Humanitarian Logic and the Law of Siege: A Study of the Oxford Guidance on Relief Actions, 94 Int'l L. Stud 48 (2019).

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Lauterbach, Israel – Hamas 2023 Symposium – A »Complete Siege« of Gaza in accordance with International Humanitarian Law, Lieber Institute West Point, 16 October 2023.

Torsten Sevecke\*

## Notstandsverfassung in der Zeitenwende (Teil I)

### – Ist die Gesamtverteidigung Deutschlands vorbereitet?<sup>1</sup> –

#### I. Einleitung

Die SARS CoV 19 Pandemie seit 2020, aber vor allem 2022 der Angriff Russlands auf die Ukraine hat gezeigt, dass eine langfristige Vorbereitung auf Krisen und Krieg für die Handlungsfähigkeit Deutschlands von großer Bedeutung ist.

1. Mit dem Ausbruch der weltweiten SARS CoV 19 Pandemie im März 2020 wurde Deutschland schlagartig in einen »Ausnahmestand« versetzt. Das Infektionsschutzgesetz vom 20.07.2000<sup>2</sup> als Bundesgesetz und die föderalen Strukturen haben erkennbar die Grenzen der Krisenbewältigung in einer mehrjährigen Pandemielage aufgezeigt.<sup>3</sup> Das Gesundheitssystem in Deutschland wurde nicht gut vorbereitet mit der Pandemie konfrontiert und die Gesetzgeber im Bund und den deutschen Ländern haben sich schwergetan, in einer dynamischen Lage angemessen zu reagieren.<sup>4</sup> Es war die »Stunde der Exekutive«, die im Verordnungswege einen Rechtsrahmen schuf.<sup>5</sup> Im Zuge der verfassungsrechtlichen Diskussion ist auch deutlich geworden, dass eine überwiegende Mehrheit der Staatsrechtler keinen Anlass sieht, die verfassungsrechtlichen Vorkehrungen im Grundgesetz zur Krisenbewältigung in einer Pandemielage anzupassen.<sup>6</sup>
2. Hinzu trat am 14.07.2021 ein regional begrenztes außergewöhnliches Starkregenereignis in Südwestdeutschland mit über 140 Toten, 766 Verletzten und einem Schaden von rd. 35 Mrd. €. Die Verheerung durch die Flutkatastrophe im

\* Der Autor ist Oberst d.R. und Direktor bei der Führungsakademie der Bundeswehr in Hamburg-Blankenese als Leiter der Fakultät Gesamtstaatliche Risikovorsorge. Der Inhalt des Aufsatzes gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

1 Hans Peter Bull zum 87. Geburtstag.

2 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) v. 20.07.2000 (BGBl. I S. 1045).

3 Dazu: *Helmut Erdle*, Infektionsschutzgesetz, 7. Aufl. (2020), § 28 Rn. 1 spricht von einer »notstandsähnlichen Generalklausel«; vgl. auch: *Christian Richter*, Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2, NVwZ 2022, 204 ff.

4 Weiterführend: *Wolfgang Zeh*, Pandemie und Parlament, in: *Robert Chr. van Ooyen/Hendrik Wassermann*, Corona und Grundgesetz, RuP Beiheft 7, 2021, S. 11 ff. m.w.N.; *Hans Peter Bull*, Freiheitsbegriff, Staatsverständnis und politische Ethik im Wandel, in: RuP Beiheft 7, 2021, S. 26 ff. m.w.N.

5 Dazu ausführlich: *Tristan Barczak*, Die Stunde der Exekutive – Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel, in: RuP Beiheft 7, 2021, S. 129 ff. m.w.N.

6 *Hans Peter Bull*, Freiheitsbegriff, Staatsverständnis und politische Ethik im Wandel – das Beispiel der Diskussion über eine gesetzliche Impfpflicht, in: RuP Beiheft 10, 2022, S. 26 (28 ff.); ebenso: *Christian Richter*, Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2, NVwZ 2022, 204 (207); *Jörn Ipsen*, Grundgesetz und Pandemiebekämpfung, DVBl 2021, 1121 (1123 ff.); *ders.*, Notstandsverfassung und Corona-Virus – Rückblick und Ausblick, in: RuP Beiheft 7, 2021, S. 25 (39); *Benjamin Scharte*, COVID-19: Deutschland reformiert Bevölkerungsschutz, in: CSS Analysen zur Sicherheitspolitik, Nr. 287, Juli 2021, S. 1 ff.

- Ahrtal hat die Defizite im Zivil- und Katastrophenschutz Deutschlands offengelegt.<sup>7</sup> Im Landkreis Ahrweiler haben sich eklatante Versäumnisse bei der Organisation, der Übung, dem Warn- und Alarmierungswesen, dem Personalbestand und der Führungsfähigkeit des Zivil- und Katastrophenschutzes gezeigt.<sup>8</sup> Die Konsequenzen sind bislang, dass in kürzester Zeit erhebliche Haushaltsmittel vom Bund und den Ländern bereitgestellt wurden, die damalige Umweltministerin und später der Innenminister von Rheinland-Pfalz zurücktraten und eine Enquete-Kommission des Landtages Rheinland-Pfalz die Vorgänge untersucht. Eine Reform des Zivil- und Bevölkerungsschutzes in ganz Deutschland ist vorerst nur als Ankündigung in Sicht.<sup>9</sup> Ähnlich wie nach dem Oder-Hochwasser 2002 kommt es nicht zu einer umfassenden Reform des Katastrophenschutzes.<sup>10</sup>
3. Nach dem militärischen Angriff Russlands auf die Ukraine am 24.02.2022 war Deutschland in kurzer Zeit die Drehscheibe der NATO zur Sicherung der Ostflanke, ohne dass der Bündnisfall eintrat oder der Spannungsfall festgestellt wurde. Bundeskanzler Olaf Scholz prägte allerdings in seiner Rede vor dem Deutschen Bundestag am 27.02.2022 den Begriff der »Zeitenwende« und kündigte erhebliche Haushaltsmittel aus einem Sondervermögen für das Verteidigungsressort an, die vom Bundestag bewilligt wurden.<sup>11</sup> Cyberangriffe auf die deutsche und europäische Infrastruktur, Fake News, der Ausfall der Erdöl- und Erdgaslieferungen aus Russland, die damit verbundene Energiepreiskrise sowie eine umfangreiche Flüchtlingsbewegung von Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine und die Forderungen nach deutschen Rüstungsgütern für den Einsatz im Kriegsgebiet haben die Verwundbarkeit Deutschlands und die mangelnde Vorbereitung auf einen bewaffneten Konflikt dieser Qualität offengelegt. Die außen- und sicherheitspolitische Situation ist seitdem angespannt und kaum berechenbar.<sup>12</sup> Der Westen – unter Führung der USA – hat sich in der Reaktion auf den Überfall Russlands auf die Ukraine als handlungsfähig erwiesen. Die NATO stellt sich bereits seit 2014

<sup>7</sup> Dazu ausführlicher: *Björn Müller*, Katastrophen voraus, *loyal* 1/2023, S. 8 ff.

<sup>8</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in Bad Neuenahr-Ahrweiler das BBK seine Bundesakademie für Bevölkerungsschutz und Zivile Verteidigung (BABZ) eingerichtet hat. Dort befindet sich seit 2002 das Gemeinsame Melde- und Lagezentrum (GMLZ) von Bund und Ländern. Es soll ein effizientes Krisenmanagement im Katastrophenschutz sicherstellen. Beim Hochwasser 2022 kam das GMLZ nicht zum Einsatz, die Technische Einsatzleitung (TEL) des Kreises wurde zunächst aus einem Keller im Landratsamt in Bad Neuenahr-Ahrweiler geführt, erst nach Tagen wurde die Einsatzleitung in die 2 km entfernte BBK verlegt.

<sup>9</sup> <https://www.badische-zeitung.de/baden-wuerttemberg-richtet-2024-internationale-katastr-opheneubung-aus>; Zwischenbericht der Enquete-Kommission 18/1 »Konsequenzen aus der Flutkatastrophe in Rheinland-Pfalz: Erfolgreichen Katastrophenschutz gewährleisten, Klimawandel ernst nehmen und Vorsorgekonzepte entwickeln« (»Zukunftsstrategien zur Katastrophenvorsorge«), LT-Drucks. 18/4488 v. 04.10.2022 S. 61 ff.

<sup>10</sup> *Björn Müller* (Fn 7), passim.

<sup>11</sup> Der Bundesrat hat der erforderlichen Änderung des Art. 87a Abs. 1a Satz 1 GG zur Ermächtigung für das Gesetz zur Finanzierung der Bundeswehr und zur Errichtung eines Sondervermögen Bundeswehr und zur Änderung der Bundeshaushaltsordnung (Bundeswehrfinanzierungs- und Sondervermögensgesetz – BwFinSVermG v. 01.07.2022 – BGBl. I S. 1030) ebenfalls die Zustimmung erteilt.

<sup>12</sup> *Harald Erkens*, Reserve des Rechts in Zeiten von Coronaviren, Bedrohungen und Kriegführung, in: *Dirk Freudenberg/Marcel Kuhlmei* (Hrsg.), *Krisenmanagement, Notfallplanung, Zivilschutz, Fest-schrift anlässlich 60 Jahre Zivil- und Bevölkerungsschutz Deutschland (2021)*, S. 571 m.w.N. in Fn. 19.

wieder auf die Bündnisverteidigung ein.<sup>13</sup> Deutschland hat hingegen diese acht Jahre kaum genutzt, um seine Verteidigungsbereitschaft zu steigern. Der Bund hat den Zivilschutz weitgehend aufgelöst und ergänzt lediglich die Strukturen des Katastrophenschutzes der Länder.<sup>14</sup> Die allgemeine Wehrpflicht wurde »recht spontan wirkend« 2011 ohne weitere Diskussion ausgesetzt.<sup>15</sup> Die organisatorischen Strukturen einer Gesamtverteidigung in Deutschland sind bis auf Rudimente geschliffen.<sup>16</sup> Erst seit 2022 zeichnet sich ein langsames Umdenken in der Gesellschaft für die Belange einer Gesamtverteidigung ab.<sup>17</sup> Der Verteidigungsetat, der Umfang und die Ausrüstung der Streitkräfte sowie die Vorsorge des Staates für Krisen und Notfälle werden öffentlich diskutiert und sind Teil des Meinungsbildungsprozesses.<sup>18</sup> Auch die Einführung einer Dienstpflicht steht im Raum.<sup>19</sup>

## II. Aktuelle Rechtslage

Aus der veränderten Sicherheitslage folgt die Veränderung der Auftragslage der Streitkräfte mit dem Schwerpunkt auf Landes- und Bündnisverteidigung und den dazu gegenüber der NATO eingegangenen Verpflichtungen.<sup>20</sup> Insoweit besteht Anlass, der Frage nachzugehen, ob der heute vorhandene Rechtsrahmen ausreicht, um

13 NATO Gipfel vom 04./05.09.2014 in Newport/Wales: »strategische Anpassung«, Ziffer 5, [https://www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_112964.htm](https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_112964.htm).

14 Björn Müller (Fn. 7), S. 8 (13 f.). Ähnlich auch: Hans Anton Adams/Claus Lange, Katastrophenschutz in Deutschland, in: *Freudenberg/Kuhlmeiy* (Fn. 12), S. 67 (83 f.).

15 Christian Richter, Die demokratische Antwort des Staatsbürgers auf den Angriffskrieg, DÖV 2022, 979 (982).

16 Die Rahmenrichtlinien für die Gesamtverteidigung – Gesamtverteidigungs-Richtlinien (RRGV) v. 10.01.1989, GMBI. 1989, S. 107 gehen auf einen Beschluss des Deutschen Bundestages v. 03.07.1980 zurück, der neun Jahre später umgesetzt wurde. Sie sind seitdem nahezu unverändert, entfalten aber wegen ihres hohen Alters keine steuernde Wirkung mehr. Dazu auch vor fünf Jahren: Manfred Schelleis/Christoph Unger, Deutschland braucht neue Gesamtverteidigungsrichtlinien, in: *Europäische Sicherheit & Technik*, November 2018, S. 10 ff.

17 So der damalige Befehlshaber des Territorialen Führungskommandos der Bundeswehr, Generalmajor Carsten Breuer im Interview, in: *Notfallvorsorge, Zeitschrift für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe* 2019, S. 21 ff.

18 Zum Stand der Diskussion um eine allgemeine Dienstpflicht: Christian Richter, DÖV 2022, 979 ff. m.w.N. in Fn. 8.; Steuerfreie Waffen? *Der Spiegel* Nr. 31 v. 29.07.2023, S. 21; Felix Hütten, Schwer verletzt aus der Ukraine nach Deutschland, *SZ* v. 24.10.2023, S. 12 zu Kriegsfolgen und Kriegsmedizin in Deutschland.

19 Bundespräsident Frank-Walter Steinmeier zur Dienstpflicht auch in der Bundeswehr: »Vor einigen Monaten, Sie wissen das, habe ich eine Debatte über eine soziale Pflichtzeit angeregt. Eine solche Pflichtzeit braucht kein ganzes Jahr zu dauern, sie kann auch kürzer sein oder auf mehrere Lebensabschnitte verteilt werden. Man könnte den Dienst in sozialen Einrichtungen, in der Flüchtlingshilfe, in der Umwelt- und Klimaarbeit, im Katastrophenschutz oder auch bei der Bundeswehr leisten«, <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2022/11/221108-Gespraech-soziale-Pflichtzeit.html>, ähnlich auch die Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages Eva Högl im Hamburger Abendblatt v. 03.04.2023; umfassend dazu: Christian Richter, Wir müssen den Frieden in Europa militärisch sichern, in: <https://www.faz.net/-irf-am902> v. 25.02.2022, 17:29 Uhr; ders., Angriffskrieg, nicht Bruch des Friedens, in: <https://www.faz.net/-irf-aos8c> v. 11.04.2022, 19:51 Uhr.

20 Auswärtiges Amt (Hrsg.), *Integrierte Sicherheit für Deutschland – Nationale Sicherheitsstrategie, Zusammenfassung*, Berlin, Juni 2023, S. 30. Zum Konflikt China-Taiwan: Ian Easton, *The Chinese Invasion Threat – Taiwan's defense and American strategy in Asia* (2017).

wirksame »Maßnahmen zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft«<sup>21</sup> Deutschlands im Rahmen einer Gesamtverteidigung,<sup>22</sup> insbesondere im Zivilschutz und bei der Vorbereitung der Landes- und Bündnisverteidigung<sup>23</sup> zu gewährleisten, damit Deutschland in einer krisenhaften Zwischenphase für einen möglichen Krieg der NATO mit Russland ausreichend vorbereitet ist.<sup>24</sup>

### 1. Gesamtverteidigung als Staatsaufgabe

Zu den Staatsaufgaben zählen die Verteidigung des Bundesgebietes gegen Angriffe von außen und der Schutz der eigenen Bevölkerung.<sup>25</sup> Auf der Grundlage von Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG stellt der Bund »Streitkräfte zur Verteidigung« auf, die »der Verteidigung gegen bewaffnete Angriffe« von außen dienen.<sup>26</sup> Die Staatsaufgabe Zivile Verteidigung ist in Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG geregelt.<sup>27</sup> Danach hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über die Verteidigung »einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung«. Die Fähigkeit zur Verteidigung des Bundesgebietes gegen Angriffe von außen und der Bevölkerungsschutz im Inneren sind rechtlich demselben Ziel verpflichtet. Sie dienen der Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Schutzverpflichtung des Staates gegenüber seinen Bürgern.<sup>28</sup> Beide werden im Nachkriegsdeutschland organisatorisch getrennt verfolgt und gehören zum Konzept der Gesamtverteidigung.<sup>29</sup> Hierbei wird die Zivile Verteidigung auf Grundlage des Bundesrechts und der bestehenden völkerrechtlichen wie auch europarechtlichen Verpflichtungen und Befugnisse geleistet.<sup>30</sup> Die Zuständigkeit des Bundesministeriums des Innern (BMI) besteht in der unmittelbaren Verantwortung für die Aufgaben der Gesamtverteidigung, des Zivilschutzes und der Koordinierung der ressortübergreifenden Angelegenheiten der Zivilen Verteidigung.<sup>31</sup> Die Planung und Durchführung der übrigen Fachaufgaben auf dem Gebiet der Gesamtvertei-

21 *Wolfgang Daleki*, Art. 80a des Grundgesetzes und die Maßnahmen zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft (1985), S. 43 ff.

22 Begriffsbestimmung gem. RRGV (Fn. 16).

23 Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), Weißbuch 2016 – Zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, Berlin, 2016, S. 48 ff. zur Gewährleistung gesamtstaatlicher Sicherheitsvorsorge; s.a.: RRGV (Fn. 16).

24 Die Bundesregierung nennt das heutige Russland »die größte Bedrohung für Frieden und Sicherheit im euroatlantischen Raum«, so: Auswärtiges Amt, Integrierte Sicherheit (Fn. 20), S. 11 f.

25 BVerfGE 123, 267 (318); *Ferdinand Kirchhof*, Verteidigung und Bundeswehr, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV., 3. Aufl. (2006), § 84, S. 634 ff.; *Heike Krieger*, Art. 87a, in: *Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Hennecke* (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 15. (Aufl. 2022), Rn. 3, S. 2358.

26 BVerfGE 48, 127 (159 f.); 69, 1 (22).

27 BT-Drucks. 17/8100 v. 05.12.2011.

28 BVerfGE 48, 127 (161).

29 Dies gilt nur für Westdeutschland. In der DDR gab es eine enge Verschränkung von militärischer Verteidigung und Zivilschutz, ausdrücklich geregelt in § 1 Abs. 1 Gesetz über die Zivilverteidigung der DDR v. 16.09.1970 (GBl. I Nr. 20), s.a.: Zivilverteidigung, in: *Peter Christian Ludz/Johannes Kuppe* (Hrsg.), DDR-Handbuch, 2. Aufl. (1979), S. 1219.

30 *Hans-Peter Weinheimer*, Konzeption Bevölkerungsschutz (KBS), in: *Freudenberg/Kuhlmei* (Fn. 12), S. 97 ff. und *Dieter Franke*, Die Bedeutung der Konzeption Zivile Verteidigung für die kommunale Ebene, ebd., S. 55 ff.

31 Bundesministerium des Innern (Hrsg.): Konzeption Zivile Verteidigung (KZV) v. 24.08.2016, S. 8 ff.

digung werden vom Bundesministerium der Verteidigung (BMVg) für die militärische Landesverteidigung und den übrigen Fachressorts jeweils eigenverantwortlich wahrgenommen.<sup>32</sup> Auf dem Gebiet der Zivilen Verteidigung führen die Landesverwaltungen die Bundesgesetze als Bundesauftragsverwaltung aus, soweit nicht eine bundeseigene Verwaltung vorgesehen ist. In diesem rechtlich-organisatorischen Rahmen hat die Zivile Verteidigung die Aufgabe, alle zivilen Maßnahmen zu planen, vorzubereiten und durchzuführen, die zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Verteidigungsfähigkeit einschließlich der Versorgung und des Schutzes der Bevölkerung erforderlich sind.<sup>33</sup> Hierzu gehören im Einzelnen,

- die Staats- und Regierungsfunktionen im Bund und den Ländern aufrechtzuerhalten,
- die Bevölkerung vor den im Verteidigungsfall drohenden Gefahren zu schützen (Zivilschutz),
- die Bevölkerung, die Staats- und Regierungsorgane, die für den Zivilschutz und die staatliche Notfallvorsorge zuständigen Stellen und die Streitkräfte mit den notwendigen Gütern und Leistungen zu versorgen,
- die Streitkräfte bei der Herstellung und Aufrechterhaltung ihrer Verteidigungsfähigkeit und Operationsfreiheit zu unterstützen.<sup>34</sup>

Die Herstellung und Aufrechterhaltung der militärischen Verteidigungsfähigkeit, die Versorgung und der Schutz der Bevölkerung sind vom Bund zu planen und durchzuführen.<sup>35</sup> Die Funktionsfähigkeit des Verteidigungswesens hat nach Auffassung von Böckenförde den Rang eines »verfassungsrechtlichen Gebotes«<sup>36</sup> und die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlichen Rang.<sup>37</sup> Die Zivile Verteidigung im Rahmen der Gesamtverteidigung umfasst alle nicht-militärischen Maßnahmen, die zur Herstellung der Verteidigungsfähigkeit eines Staates erforderlich sind.<sup>38</sup> Die dazu vom Bundesministerium des Inneren und für Heimat im August 2016 vorgelegte »Konzeption Zivile Verteidigung (KZV)«<sup>39</sup> knüpft bei den Aufgaben und Zielen an die Gesamtverteidigung der 1960er Jahre an. Der Schwerpunkt der Umsetzung liegt auf Ebene der Länder und der Kommunen, denn dort ist der organisatorische, materielle und personelle Unterbau angesiedelt.<sup>40</sup> Bis in die späten 1990er Jahre war die Verwaltung, die zivile und militärische Infrastruktur und die

32 BMI, KZV 2016 (Fn. 31), S. 8 ff.; Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), Konzeption der Bundeswehr (KdB), 2018.

33 BMI, KZV 2016 (Fn. 31), S. 8 ff.

34 BMI, KZV 2016 (Fn. 31), S. 8 ff.; Grundlegend dazu: *Harald Erkens*, Rüstzeug für die Gesamtverteidigung: die Sicherstellungsgesetze, BWV 2020, 147 (149 f.); zum Stand 1992 noch: *Martin Oldiges*, in: *Norbert Achterberg/Günter Püttner* (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Bd. II, Wehr- und Zivilverteidigungsrecht, 2. Aufl. (1992), S. 795 ff.

35 BVerfGE 48, 127 (159 f.).

36 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Bundesregierung, 1. Aufl. 1964, S. 261.

37 BVerfGE 28, 243 (261); 48, 127 (159 f.); 69, 1 (21); 77, 120 (221); st. Rspr.

38 *Franke* (Fn. 30), S. 55 m.w.N.

39 *Michael Klinkenberg*, Die Konzeption Zivile Verteidigung, in: UBIBw 59 (2020), S. 118 ff.

40 Ausführlich dazu: *Franke* (Fn. 30), S. 55 m.w.N.

private Wirtschaft umfassend auf die Landesverteidigung vorbereitet.<sup>41</sup> (West-) Deutschland sollte bis zur Wiedervereinigung im Rahmen der NATO-Strategie der Vorverteidigung als Aufmarschgebiet und Gefechtsfeld einer Abwehr des sowjetischen Angriffs vorbereitet werden.<sup>42</sup> Wesentliche Elemente waren die Vorsorge- und Sicherstellungsgesetze, das Planungsrecht, Übungen und eine Wehrverwaltung, die u.a. den Vollzug der Allgemeinen Wehrpflicht ermöglichte.<sup>43</sup> Insgesamt wurden dazu bis in die 1980er Jahre rd. 300 Gesetze erlassen oder geändert.<sup>44</sup> Mit der deutschen Wiedervereinigung und der veränderten sicherheitspolitischen Lage wurden einige Gesetze entweder abgeschafft, außer Vollzug gesetzt oder sie haben keine Umsetzung mehr erfahren.<sup>45</sup> Gleichwohl stellen die Vorsorge- und Sicherstellungsgesetze den fortgeltenden Rechtsrahmen für die Gesamtverteidigung dar. Hinzu treten Vorschriften, die den Streitkräften, dem Technischen Hilfswerk und der Bundespolizei die Vorbereitung auf die Gesamtverteidigung erleichtern sollen. Die Vorschriften über die Rechtsstellung der Soldaten und der Reservisten sind den Erfordernissen der Einsatzarmee angepasst worden.<sup>46</sup>

## 2. Rechtsrahmen für die Streitkräfte zur Vorbereitung der Gesamtverteidigung

Zur Vorbereitung einer funktionsfähigen Gesamtverteidigung sind Maßnahmen auf den Gebieten Infrastruktur, Sicherung, Beschaffung, Mobilität und Personalwesen erforderlich.

### a) Bauwesen

Für eine funktionsfähige Gesamtverteidigung ist der Aufbau und die Unterhaltung einer militärischen Infrastruktur sowie der Infrastruktur der Zivilverteidigung eine Grundvoraussetzung. Jedes Bauvorhaben für die Streitkräfte und den Zivilschutz unterliegt im Wesentlichen den gleichen Normen und Verfahrensvorschriften wie zivile öffentliche oder private Bauvorhaben. Einige Ausnahmen bestehen allerdings:

41 RRGV (Fn. 16), Ziffer 7 bis 10: »Vorbereitung im Frieden, Zusammenwirken, Ausbildung, Übungen und Alarmplanung«. Eine gute Übersicht findet sich bei: *Oldiges* (Fn. 34), S. 795 ff.

42 Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), Weißbuch 1975/1976 – Zur Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zur Entwicklung der Bundeswehr, Berlin, 1976, S. 87 (Rz. 156).

43 Zur Rolle der Territorialverteidigung und der Wehrbereichskommandos: *Oldiges* (Fn. 34), S. 805, Rn. 1338.

44 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), Rn. 732; zu den zahlreichen Rechtsverordnungen: *Wolfgang Daleki*, Die formellen Voraussetzungen für die Einführung einer Warenbewirtschaftung, DÖV 1984, 706 ff.; Weißbuch zur zivilen Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. VI/3345 v. 14.04.1972.

45 BMI, KZV 2016 (Fn. 31), S. 70: »Die Vorgaben dieser Konzeption erhalten Verbindlichkeit, indem die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen geschaffen sowie die vorhandenen Rechtsgrundlagen (u.a. ZSKG, Sicherstellungs- und Vorsorgegesetze, RRGV) – soweit erforderlich – entsprechend angepasst werden.« Eine Übersicht zu den einfachgesetzlichen Notstandsgesetzen bei Harald Erkens, Ausnahmezustand, Teil II, Bevölkerungsschutz (2018), 42 ff.

46 Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) i.d.F. d.Bek. v. 30.05.2005 (BGBl. I S. 1482), zul. geänd. d. Art. 5 d. Ges. v. 31.05.2023 (BGBl. I Nr. 140) und das Gesetz über die Rechtsstellung der Reservisten (Reservistengesetz) v. 21.07.2012 (BGBl. I S. 1583, 1588), zul. geänd. d. Art. 11 d. Ges. v. 20.08.2021 (BGBl. I S. 3932).

- In § 2 Abs. 2 Nr. 7 Raumordnungsgesetz<sup>47</sup> findet sich eine kurze Formulierung nach der den »räumlichen Erfordernissen der Verteidigung und des Zivilschutzes Rechnung zu tragen« ist. Die Belange der Gesamtverteidigung müssen auf dieser Rechtsgrundlage in Konkurrenz zu den übrigen Belangen in der Raumordnung abgebildet werden.
- Mit dem Landbeschaffungsgesetz<sup>48</sup> kann der Bund Grundstücke für Zwecke der Verteidigung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1) und andere verteidigungsrelevante Zwecke (Nr. 2 bis 6) beschaffen, indem diese freihändig erworben (§ 2) oder enteignet (§§ 10 ff.) werden. Dazu regelt das Gesetz die Verfahren sowie die Entschädigung.
- Mit dem Schutzbereichgesetz<sup>49</sup> können Bereiche festgelegt werden, um Verteidigungsanlagen in ihrer Wirksamkeit zu schützen. Dazu können in der Raumordnungsplanung mit dem Instrument der Allgemeinverfügung Grundstücksnutzungen beschränkt oder ausgeschlossen werden. Die Allgemeinverfügungen sind periodisch auf Erforderlichkeit zu überprüfen.
- Eine weitere Sonderregelung für Bauvorhaben findet sich in § 37 BauGB.<sup>50</sup> Die Norm regelt in § 37 Abs. 2 das Verfahren bei Abweichungen vom Baurecht oder dem Scheitern des Einvernehmens mit der Gemeinde für bauliche Maßnahmen des Bundes und der Länder, die der Landesverteidigung dienen. Handelt es sich dabei um Vorhaben, die der Landesverteidigung oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, ist nur die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich.<sup>51</sup> Vor Erteilung der Zustimmung hat diese die Gemeinde zu hören. Versagt die höhere Verwaltungsbehörde ihre Zustimmung oder widerspricht die Gemeinde dem beabsichtigten Bauvorhaben, entscheidet das zuständige Bundesministerium im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministerien und im Benehmen mit der zuständigen Obersten Landesbehörde.<sup>52</sup> Die Einvernehmens- und Zustimmungsregelungen ersetzen nicht die Möglichkeiten der Nachbarn und anderer Klagebefugter, die Bauvorhaben oder die Planfeststellungsverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>53</sup>
- In der VwGO sind – anders als im VwVfG – keine Sonderregelungen für Bauvorhaben, die den Erfordernissen der Verteidigung und des Zivilschutzes dienen, zu finden. Damit entfalten die vorhandenen Sonderregelungen im mate-

47 Raumordnungsgesetz (ROG) v. 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986).

48 Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung (Landbeschaffungsgesetz) v. 23.02.1957 (BGBl. III 54–3) zul. geändert durch Art. 190 VO v. 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328). Weiterführend: *Oldiges* (Fn. 34), S. 766, Rn. 1233.

49 Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung (Schutzbereichsgesetz) v. 07.12.1956 (BGBl. I S. 899) zul. geändert durch Art. 11 d. Ges. v. 13.05.2015 (BGBl. I S. 706, 718). Dazu auch: *Oldiges* (Fn. 34), S. 766, Rn. 1234.

50 Baugesetzbuch (BauGB) i.d.F. d. Bek. v. 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634).

51 So auch: *Olaf Reidt*, in: *Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhner* (Hrsg.), Baugesetzbuch, 15. Aufl. (2022), § 37 Rn. 6.

52 BVerwGE 91, 227 (230 f.).

53 BVerwGE 91, 227 (228).

- riellen Recht prozessual keinerlei Beschleunigungswirkung, wenn es zu einer Überprüfung von Bauvorhaben kommt.<sup>54</sup>
- Das Informationsfreiheitsgesetz<sup>55</sup> regelt Ausnahmen für die »Bundeswehr« in § 3 Nr. 1 b.); das Umweltinformationsgesetz<sup>56</sup> regelt in § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Ausnahmen für Belange der »Verteidigung«. Damit können militärische und sonstige sicherheitsempfindliche Belange der Bundeswehr auch bei Infrastrukturmaßnahmen geschützt werden.<sup>57</sup>
  - Im Gefahrstoffrecht und im Sprengstoff- und Waffenrecht gibt es maßgebliche Privilegierungen der Bundeswehr. So ist die Bundeswehr in § 1a Abs. 1 Nr. 2 SprengG<sup>58</sup> von den Regelungen ausgenommen. Gleiches gilt nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 WaffG.<sup>59</sup> Diese Vorschriften dienen einer umfassenden Vorbereitung der Gesamtverteidigung.
  - Das UZwGBw<sup>60</sup> regelt die Anwendung des unmittelbaren Zwanges durch Soldaten der Bundeswehr und andere im Gesetz genannte Personengruppen in militärischen Sicherheitsbereichen. Es ermöglicht das Anhalten, Überprüfen, Durchsuchen, die Festnahme und die Beschlagnahme sowie den Schusswaffengebrauch. Die Regelungen dienen der Sicherung militärischer Anlagen und Einrichtungen.

#### b) Beschaffungswesen

Im Bereich des Beschaffungswesens regelt das GWB<sup>61</sup> Privilegien für die Beschaffung im Bereich der Verteidigung in §§ 109 Abs. 2, 144 ff. und 150 GWB. Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge und für Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gelten nach § 109 Abs. 2 GWB abweichende Vorschriften. Dies betrifft Publikationspflichten, Konzessionen und Verfahrensabweichungen. Eine wesentliche Beschleunigung geht von den Vorschriften nicht aus. Dazu ist entsprechend die Bundeshaushaltsordnung heranzuziehen, die weitere Verfahrensabläufe vorschreibt. Auch hier lassen sich im Verwaltungsvollzug kaum Beschleunigungseffekte nachweisen. Daher hat der Bundestag mit dem Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz<sup>62</sup> ein zeitlich befristetes Instrument zum »zeitnahen Erreichen eines breiten, modernen und innovationsorientierten

54 Das Verfahren BVerwGE 91, 227 vor dem Bundesverwaltungsgericht zum Bauvorhaben von NATO-Staaten begann 1985 und wurde nach sieben Jahren mit Urte. v. 03.12.1992 – 4 C 24.90 – abgeschlossen.

55 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 05.12.2005 (BGBl. I S. 2722).

56 Umweltinformationsgesetz (UIG) i.d.F. der Bekanntmachung v. 27.10.2014 (BGBl. I S. 1643).

57 Friedrich Schoch, IFG – Kommentar, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 43.

58 Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz – SprengG) i.d.F. d. Bek. v. 10.09.2002 (BGBl. I S. 3518).

59 Waffengesetz (WaffG) v. 11.10.2002 (BGBl. I S. 3970).

60 Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie ziviler Wachpersonen (UZwGBw) v. 12.08.1965 (BGBl. I S. 796).

61 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. d. Bek. v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zul. durch Art. 2 d. Ges. v. 19.07.2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

62 Gesetz zur Beschleunigung von Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr (Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG) v. 11.07.2022 (BGBl. I S. 1078).

Fähigkeitsspektrums der Bundeswehr und damit der Stärkung der Bündnis- und Landesverteidigung« (§ 1 Abs. 1) geschaffen. Geregelt werden Beschaffungen, die den Schwellenwert von § 106 Abs. 2 Nr. 3 GWB überschreiten und bestimmte Leistungen nach § 2 umfassen. In § 4 sind gemeinsame europäische Beschaffungen geregelt und §§ 5 und 6 schaffen die Voraussetzungen für beschleunigte Verfahren im Rechtsschutz. Die Norm tritt nach § 9 Satz 1 zum 31.12.2026 außer Kraft. Ob die mit dem Gesetz beabsichtigten Beschleunigungseffekte tatsächlich eintreten, bleibt abzuwarten.

### c) Straßenverkehrswesen

Zur Vorbereitung einer funktionsfähigen Gesamtverteidigung sind die Mobilität der Streitkräfte und das Übungsgeschehen eine Schlüsselvoraussetzung. § 35 Abs. 1 StVO<sup>63</sup> regelt die Sonderrechte bei der Straßenbenutzung durch die Streitkräfte und die Verbündeten.<sup>64</sup> § 35 Abs. 1, 4 StVO enthält das Kolonnenvorrecht der Bundeswehr, das aber durch erhebliche bürokratische Hürden eingeschränkt wird. Abs. 3 verlangt für die »übermäßige Straßenbenutzung« eine »Vereinbarung«, die Bedingung der Nutzungsbefugnis ist.<sup>65</sup> Nimmt man Deutschland als Drehscheibe der NATO zum Schutz der Ostflanke<sup>66</sup> als Maßstab und die mit Militärbewegungen verbundenen Belastungen der Straßen und Wege im Vergleich zum täglichen Schwerlastverkehr auf deutschen Straßen, erscheinen die Regelungen überzogen. Die erforderlichen Genehmigungen und Verfahren sind für einen Friedensbetrieb aufwendig und kleinteilig, für den Spannungs- und Verteidigungsfall gilt nach Abs. 1 eine allgemeine Befreiung.<sup>67</sup>

### d) Luftsicherheit

Das Luftsicherheitsgesetz<sup>68</sup> regelt in §§ 13 bis 15 die Unterstützung und Amtshilfe der Polizei durch die Streitkräfte. Zur Vorbereitung der Gesamtverteidigung dient diese Norm nicht, sie dient vielmehr der Ausgestaltung von Art. 35 Abs. 3 GG und regelt Einsatzmaßnahmen und Anordnungsbefugnisse für Einsätze der Luftwaffe im Frieden und im Inneren.<sup>69</sup> In § 14 Abs. 3 a.F. war zunächst die Möglichkeit vorgesehen, zivile Luftfahrzeuge durch Maschinen der Luftwaffe auch abzuschießen. Diese Befugnis hat das Bundesverfassungsgericht am 15.02.2006 verworfen.<sup>70</sup> Für den Spannungs- und Verteidigungsfall werden keine Regelungen getroffen.

63 Straßenverkehrs-Ordnung (StVO) v. 06.03.2013 (BGBl. I S. 367).

64 *Andreas Funke*, in: *Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 80a Rn. 54., 170. Aktualisierung (2014).

65 Dazu ausführlich: *Peter König*, in: *Peter Hentschel/Peter König/Peter Dauer* (Hrsg.), *Straßenverkehrsrecht*, 47. Aufl. (2023), § 35 Rn. 9 ff. § 53c StVZO enthält immer noch eine Vorschrift über Tarnleuchten an Bundeswehrfahrzeugen.

66 Bundesministerium der Verteidigung, KdB, S. 23; *Alexander Wolter*, Die Rolle der Streitkräftebasis i.R.d. Drehscheibe Deutschland am Beispiel der Übung DEFENDER 2020, in: *Wehrtechnik*, 2021, S. 78 ff.

67 König (Fn. 65), § 35 Rn. 11.

68 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) v. 11.01.2005 (BGBl. I S. 78).

69 Einzelheiten dazu: *Jana Hertwig*, Staatsnotstand in Deutschland, in: *Andrej Zwitter* (Hrsg.), *Notstand und Recht*, (2012), S. 127 ff.

70 BVerfGE 115, 118.

### 3. Sonderregelungen im Spannungs- und Verteidigungsfall

Neben der Vorbereitung einer funktionsfähigen Gesamtverteidigung im Frieden bestehen eine Reihe von Sonderregelungen im Verteidigungsfall nach Art. 115a Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 80a Abs. 1 GG. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften hängt von der Feststellung des Spannungs- oder Verteidigungsfalls ab.

- Eine Sonderstellung nimmt das Gesetz über vereinfachte Verkündungen und Bekanntgaben<sup>71</sup> für Rechtsverordnungen des Bundes ein.<sup>72</sup> Es entbindet den Gesetz- und Verordnungsgeber von Publikationserfordernissen auf Grundlage von Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG. Seine Anwendbarkeit ist auf den Spannungs- und Verteidigungsfall begrenzt.
- § 95 VwVfG<sup>73</sup> hält für die in Art. 80a GG vorgesehenen Fälle eine Sonderregelung für Verteidigungsangelegenheiten der Verwaltung bereit, denn nach Feststellung des Verteidigungs- oder Spannungsfalles kann in Verteidigungsangelegenheiten von der Anhörung Beteiligter (§ 28 Abs. 1), von der schriftlichen Bestätigung (§ 37 Abs. 2 Satz 2) und von der schriftlichen Begründung eines Verwaltungsaktes (§ 39 Abs. 1) abgesehen werden. In diesen Fällen gilt ein Verwaltungsakt abweichend von § 41 Abs. 4 Satz 3 mit dem auf die Bekanntmachung folgenden Tag als bekannt gegeben.<sup>74</sup> Dasselbe gilt für die sonstigen gemäß Art. 80a des Grundgesetzes anzuwendenden Rechtsvorschriften.<sup>75</sup> Nach überwiegender Auffassung gilt dies auch für den Zustimmung- und Bündnisfall.<sup>76</sup> Eine entsprechende Regelung findet sich in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder. Damit wird umfassend sichergestellt, dass der Vollzug der einfachgesetzlichen Notstandsregelungen beschleunigt werden kann.<sup>77</sup> Die Anwendbarkeit ist allerdings auf die in § 95 ausdrücklich benannten Vorschriften begrenzt.<sup>78</sup>
- Gem. § 55 Beamtenstatusgesetz<sup>79</sup> sind Maßnahmen nach den §§ 56 bis 59 nur nach Maßgabe des Art. 80a GG zulässig, damit bestimmte beamtenrechtliche Befugnisse des Dienstherrn im Verteidigungsfall wie Abordnungen oder Entlassungen.
- Das Gesetz über Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes<sup>80</sup> regelt in § 1 die Überprüfung von Personen in sicherheits-

71 Gesetz über vereinfachte Verkündungen und Bekanntgaben v. 18.07.1975 (BGBl. I S. 1919), zul. geändert durch Art. 2 Abs. 1 d. Ges. v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

72 *Funke* (Fn. 64), Rn. 55.

73 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) i.d.F. d. Bek. v. 23.01.2003 (BGBl. I S. 102).

74 *Ulrich Ramsauer*, in: *Friedrich O. Kopp/Ulrich Ramsauer* (Hrsg.), VwVfG, § 95 Rn. 3; *Funke* (Fn. 64), Rn. 51.

75 Ähnlich die Regelungen in § 55 BeamtStG und § 20 Abs. 2 BtMG.

76 Dazu: *Funke* (Fn. 64), Rn. 51 m.w.N. u. 56. *Ramsauer* (Fn. 74), Rn. 2 weist auf die verfassungsrechtliche Problematik der Grundrechtseingriffe und den Schutzzweck der Norm hin.

77 *Funke* (Fn. 64), Rn. 51.

78 *Ramsauer* (Fn. 74), Rn. 6.

79 Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) v. 17.06.2008 (BGBl. I S. 1010).

80 Gesetz über Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz) v. 20.12.1974 (BGBl. I S. 3681), zul. geändert durch Art. 164 VO v. 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407).

- relevanten Bereichen von Behörden (Abs. 2) und verteidigungswichtigen Einrichtungen (Abs. 4).<sup>81</sup>
- § 20 Abs. 1 BtMG<sup>82</sup> enthält weitreichende Ermächtigungen der Bundesregierung, für Verteidigungszwecke zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Betäubungsmitteln, durch Rechtsverordnungen Regelungen zu schaffen. § 20 Abs. 2 stellt die Anwendung unter den Maßgabevorbehalt des Art. 80a Abs. 1 GG.<sup>83</sup> Auch in diesem Fall ist der Rechtsrahmen ausreichend weit gefasst, ohne dass dahinter ein vorbereiteter öffentlicher Gesundheitsdienst oder eine Depotorganisation zu finden ist.
  - In den §§ 70, 71 AMG<sup>84</sup> sind Sondervorschriften für Bundeswehr, Bundespolizei, Bereitschaftspolizei und Zivilschutz geregelt, die allerdings vorrangig die Arzneimittelversorgung der Angehörigen und Verfahrensregelungen für Rechtsverordnungen betreffen. Sonderregelungen über die Bevorratung sind dort nicht ersichtlich.

#### 4. Technisches Hilfswerk

Der Zivilschutz und die Gesamtverteidigung sind insbesondere auf technische Hilfe in den Bereichen Führungsunterstützung, Rettung, Bergung, Notversorgung und Notinstandsetzung angewiesen, die die Feuerwehren der Länder und Gemeinden nicht vorhalten. Dazu wurde die Bundesanstalt Technisches Hilfswerk (THW) als AöR errichtet. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 THWG<sup>85</sup> leistet das THW technische Hilfe im Zivilschutz. Dazu hält es Einheiten mit Einsatzkräften und Material nach § 1a Abs. 1 Satz 1 vor. Mit diesem Gesetz sind die Grundlagen für eine funktionsfähige Gesamtverteidigung im Bereich der technischen Hilfe sichergestellt. Ob die bestehenden Strukturen und der Umfang der Vorhaltung für die Gesamtverteidigung ausreichen, ist lange nicht überprüft worden.

#### 5. Bundespolizei

Im Rahmen der Gesamtverteidigung spielt die Bundespolizei für den Bevölkerungsschutz zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Inland eine tragende Rolle. Mit dem Bundespolizeigesetz<sup>86</sup> kann die Bundesregierung die Bundespolizei nach Art. 115f Abs. 1 Nr. 1 oder Art. 115i Abs. 1 GG auch im Verteidigungsfall einsetzen. Anders als der alte Bundesgrenzschutz der 1950er Jahre wird die Bundespolizei heute nicht mehr militärisch eingesetzt. Das BPolG ist polizeilich geprägt und richtet sich auf die Gefahrenabwehr und die Sicherung im Inneren. Die Bundespolizei ergänzt und verstärkt die Polizeien der Länder, die die Hauptaufgabe der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Inland tragen. Für

<sup>81</sup> *Funke* (Fn. 64), Rn. 61 m.w.N.

<sup>82</sup> Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz – BtMG) v. 01.03.1994 (BGBl. I S. 358).

<sup>83</sup> *Funke* (Fn. 64), Rn. 49.

<sup>84</sup> Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) i.d.F. d. Bek. v. 12.12.2005 (BGBl. I S. 3394).

<sup>85</sup> Gesetz über das Technische Hilfswerk (THW-Gesetz – THWG) v. 22.01.1990 (BGBl. I S. 118), zul. geändert durch Art. 2 Abs. 8 d. Ges. v. 30.03.2021 (BGBl. I S. 402).

<sup>86</sup> Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz – BPolG) v. 19.10.1994 (BGBl. I S. 2978).

den Verteidigungsfall hält das Bundesgrenzschutzgesetz<sup>87</sup> eine Rekrutierungsnorm für eine Grenzschutzdienstpflicht bereit. Diese hängt nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 BPolG an der Musterung und dem Wehrdienst. Da die allgemeine Wehrpflicht ausgesetzt wurde, teilt die Grenzschutzdienstpflicht das Schicksal der Wehrpflicht.

## 6. Vorsorgegesetze

Die Gesamtverteidigung bedarf der Vorsorge bereits im Frieden, um im Verteidigungsfall funktionsfähig zu sein. Die Vorsorgegesetze ermöglichen staatliche Eingriffe zu dieser Vorbereitung, auch zur Deckung des lebenswichtigen Bedarfs der Gesellschaft in Notlagen.<sup>88</sup> Eine Entsperrung der Vorschriften im Rahmen der Notstandsverfassung ist nicht erforderlich.<sup>89</sup> Die Vorsorgegesetze haben sich in der Vergangenheit immer wieder als hilfreich erwiesen, zuletzt bei der Bewältigung der Energiekrise nach dem Ende russischer Erdöllieferungen.

### a) Erdölbevorrattungsgesetz

Zur Sicherung der Energieversorgung werden Vorräte an Erdöl und Erdölerzeugnissen durch den Erdölbevorratungsverband als zentrale Bevorratungsstelle nach dem Erdölbevorrattungsgesetz<sup>90</sup> gehalten. Der Verband ist eine bundesunmittelbare rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in Hamburg. Die zu bevorratenden Mengen werden gesetzlich geregelt und können kurzfristig angepasst werden. Die strategische Erdölreserve ist in der Vergangenheit immer wieder erfolgreich eingesetzt worden.<sup>91</sup> Das Gesetz ist nicht durch Art. 80a GG gesperrt.

### b) Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz

Das Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz<sup>92</sup> regelt die Deckung des lebensnotwendigen Bedarfs der Bevölkerung an Lebensmitteln in einer Versorgungskrise (Grundversorgung) und der Vorsorge für eine Versorgungskrise.<sup>93</sup> Beides sind wichtige Bereiche der Gesamtverteidigung und zugleich friedenszeitliche Reserven. Der Bund unterhält mit der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung die Lagerung einer bundeseigenen Reserve.<sup>94</sup> Die verfügbaren Mengen können für

<sup>87</sup> Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz – BGS) v. 18.08.1972, zul. geändert durch Art. 24 Abs. 5 d. Ges. v. 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328). Das BGS wurde 1994 im Wesentlichen durch das BPolG ersetzt.

<sup>88</sup> *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), in: BWV 2020, 147 (151).

<sup>89</sup> Dazu ausführlich: *Funke* (Fn. 64), Rn. 22 und 60 f.

<sup>90</sup> Erdölbevorrattungsgesetz v. 16.01.2012 (BGBl. I S. 74), das zul. durch Art. 1 d. Ges. v. 09.12.2019 (BGBl. I S. 2101) geändert worden ist.

<sup>91</sup> Beispiele finden sich bei: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), in: BWV 2020, 217 (224).

<sup>92</sup> Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz v. 04.04.2017 (BGBl. I S. 772), das zul. durch Art. 1 d. Ges. v. 09.12.2020 (BGBl. I S. 2863) geändert worden ist; es geht zurück auf das Ernährungssicherstellungsgesetz von 1968 (BGBl. I S. 1075).

<sup>93</sup> *Erkens*, Reserve des Rechts (Fn. 12), S. 567 (618).

<sup>94</sup> Einzelheiten zum Umfang finden sich in BT-Drucks. 17/10200, Anlage zu EPl. 10: »Die staatliche Ernährungsnotfallvorsorge dient im Sinne der vorausschauenden Daseinsvorsorge des Staates zur vorübergehenden Versorgung der Bevölkerung bei Engpässen auf den Märkten in Krisenfällen, auch in Folge von Natur- oder Umweltkatastrophen. Dazu lagert die BLE derzeit Nahrungsmittel in knapp 150 Lagerstätten in allen Teilen des Bundesgebietes ein«.

einige Wochen ausreichen.<sup>95</sup> Das ESVG sowie Rechtsverordnungen, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen werden, werden von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt (§ 3 ESVG). Soweit die Regelungen Zwecken der Verteidigung dienen, werden sie im Auftrag des Bundes in den Ländern durchgeführt. Durch Rechtsverordnung können zentrale Aufgaben der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung zugewiesen werden. Für die Streitkräfte relevant sind insbesondere das Verpflegungswesen und Grundsatzangelegenheiten der Entschädigungsregelungen. Die zum Gesetzesvollzug erforderlichen Rechtsverordnungen wurden bislang nicht erlassen. Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft erarbeitet derzeit eine Rechtsverordnung gem. § 12 ESVG. Die Länder haben – soweit erkennbar – bislang nur die Zuständigkeiten für die Ausführung geregelt, ohne den Verwaltungsvollzug näher auszugestalten.<sup>96</sup> Ob eine Verwaltung in den Ländern in der Lage wäre, diese Reserven in geeigneter Weise der Bevölkerung zugänglich zu machen, müsste erprobt werden.

### c) Verkehrsleistungsgesetz

Das Verkehrsleistungsgesetz<sup>97</sup> dient der Sicherung von ausreichenden Verkehrsleistungen im Rahmen der Amtshilfe des Bundes bei einer Naturkatastrophe oder einem besonders schweren Unglücksfall, einschließlich eines terroristischen Anschlags, bei einer wirtschaftlichen Krisenlage, durch die die Versorgung mit Gütern des lebenswichtigen Bedarfs gestört ist, zur Unterstützung der Streitkräfte bei Einsätzen auf Grund internationaler Vereinbarungen oder im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen oder im Rahmen der Notfallbewältigung auf Grund internationaler Vereinbarungen für den Fall, dass der Bedarf nach diesen Verkehrsleistungen auf andere Weise nicht, nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln gedeckt werden kann. Eine Unterstützung verbündeter Streitkräfte mit Verkehrsleistungen ist nur bei gemeinsamen Maßnahmen mit deutschen Streitkräften zulässig. Der Spannungs- und der Verteidigungsfall sind in dieser Norm nicht geregelt, dazu dient das Verkehrssicherstellungsgesetz.

## 7. Sicherstellungsgesetze

Grundlage einer funktionsfähigen Gesamtverteidigung ist die Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen zur Sicherung der Lebensgrundlagen der Gesellschaft in Krise und Krieg. Die Sicherstellungsgesetze dienen als einfachgesetzliche Rechtsgrundlage zur Grundversorgung der Bevölkerung und der Streitkräfte im Spannungs- und Verteidigungsfall durch Eingriffe staatlicher Stellen in den Wirtschaftsablauf.<sup>98</sup> Die Sicherstellungsgesetze sind der Kernbestand des einfachgesetzlichen Notstandsrechts und unterliegen der Sperrwirkung des Art. 80a Abs. 1 GG.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Erkens, Reserve des Rechts (Fn. 12), S. 567 (621).

<sup>96</sup> Beispielhaft dazu Hamburg: Anordnung zur Durchführung des Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetzes v. 19.01.2021 (Amtl. Anz. 2021, 153).

<sup>97</sup> Verkehrsleistungsgesetz v. 23.07.2004 (BGBl. I S. 1865), das zul. durch Art. 12 d. Ges. v. 12.12.2019 (BGBl. I S. 2510) geändert worden ist.

<sup>98</sup> Einen Überblick bietet: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 147 (151 ff.).

<sup>99</sup> Funke (Fn. 64), Rn. 21 ff., spricht insoweit von einer »Teilkonstitutionalisierung« in Form einer »hinkenden Parlamentarisierung«.

**a) Bundesleistungsgesetz**

Das Bundesleistungsgesetz (BLG)<sup>100</sup> ist das älteste Notstandsgesetz und zugleich die Grundnorm der Sicherstellungsgesetze. Es regelt im Wesentlichen werk-, eigentums- und besitzbezogene Leistungen, die der Staat zum Zwecke der Verteidigung anfordern darf.<sup>101</sup> Es regelt Maßnahmen mit dem Schwerpunkt der Bereitstellung unbeweglicher Sachen für die Streitkräfte und die Durchführung von Manövern. Nach dem BLG können unter bestimmten Voraussetzungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BLG) Sach- und Werkleistungen Privater als Individualleistungen in Anspruch genommen werden.<sup>102</sup> Im Verteidigungsfall sowie nach Feststellung einer Notwendigkeit zur beschleunigten Herstellung der Verteidigungsbereitschaft durch die Bundesregierung können bestimmte Leistungen durch Behörden der Bundeswehrverwaltung angefordert werden (§ 5 Abs. 2 BLG). Dieser verteidigungsfallbezogene Anforderungskatalog umfasst Gegenstände und Leistungen zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Einsatzbereitschaft der Streitkräfte sowie die Überlassung baulicher Anlagen, unbebauter Grundstücke oder freier Flächen von bebauten Grundstücken zum vorübergehenden Gebrauch, zum Mitgebrauch oder zu einer anderen, zeitlich begrenzten Nutzung. Wesentliche Aufgabe der Bundeswehr ist dabei die Festlegung etwaiger eigener Bedarfe, deren Mitteilung an die zivilen Anforderungsbehörden bzw. die Anforderung dieser Gegenstände und Leistungen, soweit die Bundeswehrverwaltung selbst als Anforderungsbehörde zuständig ist (§ 5 Abs. 2 BLG). Die Bedarfe dürfen nur subsidiär zu vertraglichen Leistungen durch Maßnahmen gemäß BLG gedeckt werden. Eine Inanspruchnahme muss einem der in § 1 Abs. 1 BLG genannten Zwecke dienen<sup>103</sup> und nach § 3 BLG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.<sup>104</sup> Die Ermächtigungen in § 5 Abs. 2 BLG und § 38 BLG sind bis zur Entscheidung des Bundestages nach Art. 115a Abs. 1 GG oder der Feststellung der Bundesregierung gesperrt.<sup>105</sup> Anforderungsbehörden sind neben der Bundeswehrverwaltung im Wesentlichen die Kreisverwaltungen in den Ländern. Dies ist durch entsprechende Zuständigkeitsanordnungen geregelt.<sup>106</sup> Daneben regelt das BLG in den §§ 66 bis 83 BLG das Manöverrecht der Streitkräfte in Deutschland.<sup>107</sup> Es enthält Bestimmungen für die allgemeinen Manöverlasten und

100 Bundesleistungsgesetz v. 19.10.1956 i.d.i. BGBl. Teil III 54–1 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 27 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858); zur Ausführung ist die Anforderungsbehörden- und Bedarfsträgerverordnung v. 12.06.1989 (BGBl. I S. 1088), die zul. durch Art. 9 d. VO v. 02.06.2016 (BGBl. I S. 1257) geändert worden ist, ergangen.

101 Ausführlich dazu: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 169 (170 ff.).

102 *Schmidt*, Die Notstandsgesetze, 2. Aufl. (1969), S. 98 f.; *Franz Butz*, Bundesleistungsgesetz mit ergänzenden Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, 3. Aufl. (1980), m.w.N. S. 6 f.

103 *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 169 (170).

104 Eine Übersicht zur Rechtsprechung findet sich bei *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 169 (175 m.w.N.).

105 Einzelheiten bei *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 169 (171). Eine Anpassung des BLG an Art. 80a GG ist bislang nicht erfolgt.

106 Beispielhaft dazu für die Freie und Hansestadt Hamburg: Anordnung zur Durchführung des Bundesleistungsgesetzes v. 26.04.1993 (Amtl. Anz. 1993, 897), zul. geändert durch Art. 13 d. Anordnung v. 06.10.2020 (Amtl. Anz. S. 2089, 2103); hier wird auf die Zuständigkeit der Bezirksämter als Anforderungsbehörden verwiesen, die jedoch dafür keine Organisationselemente vorhalten.

107 *Butz*, BLG (Fn. 103), S. 110 ff., der den Rechtszustand von 1980 wiedergibt.

Privilegien der übenden Truppe für die Nutzung der öffentlichen Wege über das verkehrsbübliche Maß hinaus (§ 70 Abs. 1 BLG). Auf Landes-, Kreis- oder Bezirksebene fehlen dazu Strukturen und die Verwaltungsbehörden sind auf diese Aufgaben gegenwärtig nicht vorbereitet.<sup>108</sup> Dies gilt auch für andere Bedarfsträger in der Rolle als Anforderungsbehörde. Weder bestehen Dateien oder Übersichten für mögliche Anforderungen oder Leistungen, noch sind Leistungsbescheide nach § 35 BLG oder Bereitstellungsbescheide nach § 36 Abs. 3 BLG nennenswert vorgeplant.

#### **b) Wirtschaftssicherstellungsgesetz**

Das Wirtschaftssicherstellungsgesetz<sup>109</sup> enthält Regelungen zur Bereitstellung von Kraftstoffen, über Vertragsangelegenheiten und Vorrangerklärungen zur Sicherstellung der erforderlichen Versorgung mit Gütern und Leistungen, dazu Entschädigungsregelungen, Regeln über liegenschaftsgebundene Energie und die Sicherstellung der Versorgung mit Geld und Kredit für die Zwecke der Verteidigung, einschließlich Vorschriften über Lagerung und Bevorratung sowie Buchführungs- und Meldepflichten.<sup>110</sup> Das WiSiG dient der Sicherstellung der Zwecke der Verteidigung, insbesondere zur Deckung des Bedarfs von Bevölkerung und Streitkräften, die erforderliche Versorgung mit Gütern und Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs. Das WiSiG wird durch Rechtsverordnungen ausgestaltet, die Maßnahmen zur Wirtschaftslenkung durch die zuständigen Wirtschaftsbehörden eröffnen. Für die Bundeswehr und den Zivilschutz sind dabei insbesondere relevant: die Mineralölbewirtschaftungsverordnung (MinÖlBewV)<sup>111</sup> bzgl. der Mineralölversorgung zu Verteidigungszwecken, die Wirtschaftssicherstellungsverordnung (WiSiV)<sup>112</sup> bzgl. der Versorgung mit Waren, Werkleistungen und Produktionsmitteln für Zwecke der Verteidigung, die Elektrizitätslastverteilungs-Verordnung (EltLastV)<sup>113</sup> zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung und die Gaslastverteilungs-Verordnung (GasLastV)<sup>114</sup> zur Sicherstellung der öffentlichen Gasversorgung. Beispielhaft ist darauf hinzuweisen, dass nach § 11 GasLastV diese Regelung auf Grund von § 2 Abs. 1 des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes nur nach Maßgabe des Artikels 80a Abs. 1 GG und erst dann angewandt werden darf, wenn es das zuständige Bundesministerium durch Rechtsverordnung

<sup>108</sup> Auf die Notwendigkeit dieser Vorbereitung wird immer wieder hingewiesen, so auch: *Funke* (Fn. 64), Rn. 35. *Jürgen Seifert*, Spannungsfall und Bündnisfall, in: *Dieter Sterzel* (Hrsg.), *Kritik der Notstandsgesetze – Mit dem Text der Notstandsverfassung* (1968), S. 167.

<sup>109</sup> Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherstellungsgesetz) i.d.F. d. Bek. v. 03.10.1968 (BGBl. I S. 1069), das zul. durch Art. 262 d. VO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

<sup>110</sup> *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 169 (193 ff.).

<sup>111</sup> Mineralölbewirtschaftungs-Verordnung v. 19.04.1988 (BGBl. I S. 530), die zul. durch Art. 17 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

<sup>112</sup> Wirtschaftssicherstellungsverordnung v. 12.08.2004 (BGBl. I S. 2159), die zul. durch Art. 266 d. VO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

<sup>113</sup> Elektrizitätslastverteilungs-Verordnung v. 21.07.1976 (BGBl. I S. 1833), die zul. durch Art. 263 d. VO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

<sup>114</sup> Gaslastverteilungs-Verordnung v. 21.07.1976 (BGBl. I S. 1849), die zul. durch Art. 264 d. VO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

bestimmt.<sup>115</sup> Der Erlass entsprechender Rechtsverordnungen nach § 2 Abs. 1 WiSiG ist nicht an die Maßgaben des Art. 80a Abs. 1 GG gebunden, kann jederzeit erfolgen. Der Vorbehalt ist auf die Anwendung beschränkt.<sup>116</sup> Auch hier ist festzustellen, dass unterhalb der gesetzlichen Regelungen und der Rechtsverordnungen bislang kaum zur Ausführung befähigten und geübten Verwaltungsbehörden auf Landesebene bestehen.

### c) Wassersicherstellungsgesetz

Das Wassersicherstellungsgesetz<sup>117</sup> dient dazu, die Versorgung und den Schutz der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte mit Trink-, Betriebs- und Löschwasser sowie die Ableitung des Abwassers für den Verteidigungsfall sicherzustellen. Ein Bezug zu Art 80a Abs. 1 GG ist nicht geregelt, die Vorschriften sind mithin auch im Frieden umfänglich anwendbar.<sup>118</sup> Ausnahme bilden die §§ 13 bis 15 WasSiG, die nur im Verteidigungsfall anwendbar sind.<sup>119</sup> Da hierfür Infrastrukturen langfristig errichtet und vorgehalten werden müssen, findet das WasSiG, von einigen verteidigungsfall-spezifischen Regelungen abgesehen, bereits in Friedenszeiten Anwendung. Anlagen der Bundeswehr und der verbündeten Streitkräfte sind von der Inanspruchnahme durch das WasSiG ausgenommen, sind aber Bestandteil der Vorsorgeplanungen nach dem WasSiG. Nach der Ersten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Wassersicherstellungsgesetzes (1. WassSGVwV)<sup>120</sup> ist die Planung der Maßnahmen durch Planungskörperschaften (Kreise, Städte) vorzunehmen. In die Planung von Vorsorgemaßnahmen nach diesen Richtlinien sind alle geplanten, in Vorbereitung oder in Ausführung befindlichen Maßnahmen einzubeziehen, die der friedensmäßigen Wasserversorgung dienen und deren Betriebsbereitschaft nach Fertigstellung der nach diesen Richtlinien geplanten Vorsorgemaßnahmen zur Sicherung der Wasserversorgung im Verteidigungsfall zu erwarten ist. Die Vorschrift ist fast 50 Jahre alt und dürfte in der Sache überholt sein. Sie weist keinen Bezug zu Art. 80a GG auf, stattdessen begrenzt sie die Befugnisse in den Tatbestandsmerkmalen.<sup>121</sup> Der Bund hat mit der Verordnung zur Übertragung der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 13 des Wassersicherstellungsgesetzes<sup>122</sup> die Befugnis auf die Länder übertragen, die davon keinen Gebrauch gemacht haben.<sup>123</sup>

115 *Funke* (Fn. 64), Rn. 46.

116 So ebenfalls: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 193 (194).

117 Wassersicherstellungsgesetz (WasSiG) v. 24.08.1965 (BGBl. I S. 1225, 1817).

118 So ebenfalls: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 193 (195).

119 Dazu: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 193 (196).

120 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Wassersicherstellungsgesetzes Planung von Vorsorgemaßnahmen nach § 4 des Wassersicherstellungsgesetzes (1. WasSGVwV) v. 10.02.1971.

121 *Funke* (Fn. 64), Rn. 60.

122 Verordnung zur Übertragung der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 13 des Wassersicherstellungsgesetzes v. 07.05.1986 (BGBl. I S. 715).

123 *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 193 (197).

**d) Verkehrssicherstellungsgesetz**

Das Verkehrssicherstellungsgesetz<sup>124</sup> dient der Sicherstellung der für Zwecke der Verteidigung erforderlichen lebenswichtigen Verkehrsleistungen, insbesondere zur Versorgung der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte. Um die für Zwecke der Verteidigung erforderlichen lebenswichtigen Verkehrsleistungen, insbesondere zur Versorgung der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte, sicherzustellen, können durch Rechtsverordnung Vorschriften erlassen werden über die Benutzung und den Betrieb einschließlich der Ausrüstung von Verkehrsmitteln, -wegen, -anlagen und -einrichtungen, die Lenkung, Beschleunigung und Beschränkung der Beförderung von Personen und Gütern, des Umschlags und der An- und Abfuhr sowie über die Behandlung von Gütern im Verkehr, die Beschränkung der Veräußerung oder der sonstigen rechtsgeschäftlichen Überlassung von ihrer Zweckbestimmung zugeführten Verkehrsmitteln an Ausländer (§ 2 Abs. 5 des Außenwirtschaftsgesetzes – AWG).<sup>125</sup> Es handelt sich dabei um eine Ermächtigungsnorm nach Art. 80a Abs. 1 GG.<sup>126</sup> In § 18 regelt das Gesetz zudem, dass Bund, Länder und Gemeinden die personellen, organisatorischen und materiellen Voraussetzungen zur Durchführung der Maßnahmen zu schaffen haben, die für die in § 1 genannten Zwecke erforderlich sind. Der Bund hat dazu eine Zuständigkeitsverordnung erlassen, weitere Ausplanungen sind jedoch veraltet.<sup>127</sup> Im Kern handelt es sich um Gegenstände der bundeseigenen Verwaltung, so im Hinblick auf das Eisenbahnwesen, die Seeschifffahrt, die Binnenschifffahrt auf den Bundeswasserstraßen und den Luftverkehr sowie die Bundesfernstraßen. Im Übrigen gilt die Bundesauftragsverwaltung. Für alle Bereiche der bundeseigenen Verwaltung sind Rechtsverordnungen erlassen worden, zudem wurden bis Ende der 1990er Jahre Verwaltungsvorschriften erlassen. Auch insoweit gilt, dass die Vorschriftenlage teilweise veraltet ist, jedenfalls nur noch in Randbereichen auf eine eingebaute Verwaltung trifft.

**e) Verkehrssicherstellungsgesetz i.V.m. der Verordnung für die Verkehrsleistungen der Eisenbahnen für die Streitkräfte**

Das Verkehrssicherstellungsgesetz<sup>128</sup> dient der Sicherstellung der für Zwecke der Verteidigung erforderlichen lebenswichtigen Verkehrsleistungen, insbesondere zur Versorgung der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte. Die Verordnung für die Verkehrsleistungen der Eisenbahnen für die Streitkräfte (StrKrVerkLeistV)<sup>129</sup> regelt dann die Einzelheiten und eröffnet den Streitkräften gegenüber den öffentlichen Eisenbahnen gem. § 10 Abs. 7 VerkSiG die Forderung von Verkehrsleistungen i.S.v.

124 Verkehrssicherstellungsgesetz i.d.F. d. Bek. v. 08.10.1968 (BGBl. I S. 1082), das zul. durch Art. 55 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

125 Außenwirtschaftsgesetz (AWG) v. 28.04.1961 (BGBl. I S. 481, 495), Neufassung v. 06.06.2013 (BGBl. I S. 1482).

126 Zum Mechanismus der Regelung: *Funke* (Fn. 64), Rn. 44 m.w.N.

127 Verkehrssicherstellungsgesetz-Zuständigkeitsverordnung v. 12.08.1992 (BGBl. I S. 1529), die zul. durch Art. 20 d. VO v. 02.06.2016 (BGBl. I S. 1257) geändert worden ist.

128 Verkehrssicherstellungsgesetz i.d.F. d. Bek. v. 08.10.1968 (BGBl. I S. 1082), das zul. durch Art. 55 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

129 Verordnung über Verkehrsleistungen der Eisenbahnen für die Streitkräfte v. 10.08.1976 (BGBl. I S. 2128), die zul. durch Art. 500 d. VO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

§ 10 Abs. 1 VerkSiG. Darüberhinausgehende Forderungen von sonstigen Leistungen gem. § 10 Abs. 2 VerkSiG sind den Streitkräften nicht möglich. Das BMVg bestimmt gem. § 11 StrKrVerkLeistV, welche Stellen der Streitkräfte Verkehrsleistungen für die Streitkräfte zur Erhöhung ihrer Einsatzbereitschaft mit Zustimmung des BMDV oder im Spannungs- oder im Verteidigungsfall durch öffentliche Eisenbahnen im Rahmen ihres Leistungsangebots fordern.

#### **f) Arbeitssicherstellungsgesetz**

Das Arbeitssicherstellungsgesetz<sup>130</sup> behandelt die Ressource Personal im Hinblick auf die zivile Verteidigung. Es kann als Ausführungsgesetz von Art. 12a Abs. 3 bis 6 GG eingestuft werden.<sup>131</sup> Im Zustimmungs-, Spannungs- oder Verteidigungsfall müssen zivile Arbeitskräfte innerhalb und außerhalb der Bundeswehr in ausreichender Zahl für Produktion, Transport und Verteilung lebens- und verteidigungswichtiger Güter sowie für zahlreiche Dienstleistungen für Verteidigungszwecke zur Verfügung stehen. Verteidigungszwecke umfasst den Bereich der Zivilverteidigung und die militärische Verteidigung Deutschlands. Wesentliche Aufgaben der Bundeswehr bereits im Frieden sind dabei die Feststellung ihres eigenen Bedarfes an sicherzustellenden Aufgaben, die Formulierung der Anforderung der Bedarfsdeckung an die Bundesagentur für Arbeit (BA) sowie die Festlegung und Mitteilung an die BA, welche Wehrpflichtigen für eine Inanspruchnahme durch die BA in Frage kommen (Vorrang des Wehrdienstes). Das Arbeitssicherstellungsgesetz kommt nur im Rahmen von Art. 115a GG zur Anwendung, also im Spannungs- oder Verteidigungsfall und basiert auf dem Vorrang der Freiwilligkeit.<sup>132</sup> Der inhaltliche Anknüpfungspunkt an das Wehrpflichtgesetz setzt einen zeitlichen Vorlauf voraus, der in der aktuellen Sicherheitslage nicht verfügbar ist. Eine Planung oder Vorbereitung der Anforderung zur Bedarfsdeckung ist -soweit erkennbar- nicht vorhanden. Die ASG-Zuständigkeitsverordnung für den Geschäftsbereich des BMVg<sup>133</sup> und die Arbeitssicherstellungsverordnung nach § 34 ASG<sup>134</sup> sind veraltet.

#### **g) Energiesicherungsgesetz**

Das Energiesicherungsgesetz<sup>135</sup> ist eine Folge der ersten Öl-Krise 1973. Grobstrukturen des EnSiG ergeben sich entlang der jeweiligen Beschaffungsorganisation. Das Gesetz umfasst Gas und Strom und ermächtigt die Bundesregierung zu umfangreichen Eingriffen in die betroffenen Märkte bis hin zur Treuhandverwaltung, Kapitalmarktmaßnahmen und Enteignungen (§§ 17 ff.). Es ist nicht durch Art. 80a Abs. 1

130 Gesetz zur Sicherstellung von Arbeitsleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung (Arbeitssicherstellungsgesetz – ASG) v. 09.07.1968 (BGBl. I S. 787), zuletzt geändert durch Art. 41 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858).

131 *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 217 (221).

132 *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 217 (221 f.).

133 Verordnung zur Übertragung von Zuständigkeiten nach dem Arbeitssicherstellungsgesetz auf Dienststellen im Geschäftsbereich des BMVg v. 18.08.1973 (BGBl. I S. 1321).

134 Verordnung über die Feststellung und Deckung des Arbeitskräftebedarfs nach dem Arbeitssicherstellungsgesetz v. 30.05.1989 (BGBl. I 2902).

135 Energiesicherungsgesetz v. 20.12.1974 (BGBl. I S. 3681), das zul. durch Art. 7 d. Ges. v. 20.12.2022 (BGBl. I S. 2560) geändert worden ist.

GG gesperrt. Für die Umsetzung der Norm sind zahlreiche Rechtsverordnungen erlassen worden, die ständig aktualisiert werden.<sup>136</sup> Es hat sich in der aktuellen Energiekrise 2022/2023 bewährt, weil Deutschland darüber eine nationale Energiereserve vorgehalten hat, die zur Marktregulierung verwendet werden konnte.

#### **h) Telekommunikationsgesetz**

Das Telekommunikationsgesetz<sup>137</sup> dient auch der Mindestversorgung mit Telekommunikationsdiensten (Sprachkommunikations-, Internetzugang-, Datenübertragungs- und E-Mail-Dienste) im Spannungs- und Verteidigungsfall sowie zur Erfüllung von Bündnisverpflichtungen (§§ 164a, 184 ff. TKG). Die Streitkräfte sind Bevorrechtigte i.S.d. TKG. Als solche haben sie ihrem Anbieter rechtzeitig im Voraus mitzuteilen, welche Anschlüsse und Übertragungswege vorrangig bereitgehalten und entstört werden sollen und die dafür festgesetzten Entgelte zu entrichten. Das Gesetz ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 im Verteidigungs- und Spannungsfall anzuwenden.<sup>138</sup>

#### **i) Postsicherstellungsgesetz**

Das Postsicherstellungsgesetz<sup>139</sup> regelt die Aufrechterhaltung von Postdienstleistungen, die vorrangige Erbringung von Postdienstleistungen für Postbevorrechtigte sowie die Unterstützung der Feldpost (§ 4 PTSG). Maßgebliche Norm ist § 2 Abs. 1 PTSG, in der die Aufrechterhaltung der Postdienstleistungen und die Zustellung geregelt sind.

### **8. Wehrpflichtgesetz**

Das Wehrpflichtgesetz<sup>140</sup> regelt die allgemeine Wehrpflicht, den Wehrdienst und die Wehrdienstausnahmen, das Wehersatzwesen, die Personalaktenführung ungedienter Wehrpflichtiger, die Beendigung des Wehrdienstes und den Verlust des Dienstgrades, Rechtsbehelfe und Rechtsmittel sowie die Einschränkung von Grundrechten. Die Geltung des WPfG ist seit 2011 auf den Spannungs- und Verteidigungsfall nach Art. 80a GG beschränkt (§ 2 WPfG).<sup>141</sup> Eine Wehrerfassung findet nicht mehr statt. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Erfassung der Wehrpflichtigen (WERfVwV)<sup>142</sup> ist zwar in Kraft, derzeit jedoch ohne Anwendungsbereich und ohne ausführende Behörden. Zuständiges Ressort ist das BMVg, die Erfassung der Wehrpflichtigen liegt in der Zuständigkeit des BMI,

136 Eine gründliche Übersicht findet sich bei: *Erkens*, Rüstzeug (Fn. 34), BWV 2020, 217 (224 Fn. 169).

137 Telekommunikationsgesetz v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858), das zul. durch Art. 9 d. Ges. v. 20.07.2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist.

138 *Funke* (Fn. 64), Rn. 53.

139 Gesetz zur Sicherstellung von Postdienstleistungen in besonderen Fällen (Postsicherstellungsgesetz – PSG) v. 24.03.2011 (BGBl. I S. 506, 941), zuletzt geändert durch Art. 48 d. Ges. v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858).

140 Wehrpflichtgesetz (WPfG) i. d. F. d. Bek. v. 15.08.2011 (BGBl. I S. 1730), das zul. durch Art. 12 d. Ges. v. 28.06.2021 (BGBl. I S. 2250) geändert worden ist.

141 *Funke* (Fn. 64), Rn. 52.

142 Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Erfassung der Wehrpflichtigen (Wehrerfassungsvorschrift – WERfVwV) v. 27.02.2006 (GMinBl. 57, Nr. 8 v. 13.02.2006, S. 131); BR-Drucks. 796/05 v. 04.11.2005.

ausführende Behörden wären die kommunalen Meldebehörden in den Ländern. Aktuell sind Strukturen im Bund, den Ländern und Gemeinden sowie Verfahren zur Vorbereitung einer möglichst verzugslosen Umsetzung der Wehrpflicht ab Feststellung des Spannungs- oder Verteidigungsfalls nicht vorhanden. Auch die Bundeswehr ist gegenwärtig nicht in der Lage, die Wehrpflichtigen aufzunehmen, auszubilden und einzusetzen.<sup>143</sup> Die Ausbildungs- und Unterbringungsstrukturen wurden abgebaut. Der mit dem (Wieder-) Aufbau einer Wehrrersatzverwaltung und der erforderlichen militärischen Ausbildungsorganisation verbundene zeitliche und personelle Aufwand wird für die im Spannungs- oder Verteidigungsfall zu erwartende Vorlaufzeit weit überschreiten.<sup>144</sup>

### 9. Untergegangenes und ausgesetztes Recht

Einschneidend war die überraschende Entscheidung über das Aussetzen der allgemeinen Wehrpflicht im Bundeskabinett am 15.12.2010 m.W.v. 01.07.2011. Mit dieser Entscheidung wurde die gesamte Wehrrfassung, die Musterung und das Wehrrersatzwesen ausgesetzt, die organisatorischen und personellen Ressourcen der militärischen Ausbildung in der Bundeswehr umgegliedert oder aufgelöst.<sup>145</sup> Zudem wurde die Territorialverteidigung der Bundeswehr auf Landeskommandos reduziert, die nur noch eine koordinierende Funktion als Verbindungselemente zwischen (ziviler) Verwaltung zur Bundeswehr haben. Die Bundeswehr hat viele ihrer Standorte nach der Reduzierung von 340.000 (1994) auf 203.000 Soldatinnen und Soldaten aufgegeben, dabei auch Depots, Flugplätze und Sonderbauten verlassen.<sup>146</sup> Tatsächlich umfasst die Bundeswehr aktuell knapp 182.000 Soldatinnen und Soldaten und 33.000 Reservistinnen und Reservisten.<sup>147</sup> Zu den einfachgesetzlichen Regelungen im Rahmen der Gesamtverteidigung für den Notfall,<sup>148</sup> die ganz oder teilweise abgeschafft wurden, gehören u.a. das Gesetz über den Zivildschutz,<sup>149</sup>

143 Strategie der Reserve (K-10/5), BMVg FüSK III 4 v. 18.10.2019 – Az.: 16-39-01.

144 Eine Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht auf dieser Rechtsgrundlage wird mehrheitlich in der politischen Landschaft abgelehnt. Die personelle Obergrenze der Bundeswehr ist im Zwei-Plus Vier-Vertrag auf 370.000 festgelegt worden. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen allerdings nicht, dazu: *Richter* (Fn. 19).

145 In der Strategie der Reserve (Stand: Oktober 2019), Hrsg. BMVg FüSK III 4 – Az.: 16-39-01 wird in Ziffer 5014 hervorgehoben, dass »die Erreichbarkeit von Reservistinnen und Reservisten unabdingbar« sei und von der Wirksamkeit der Wehrüberwachung abhängen. Damit kann auf die sog. allgemeine Bundeswehrreserve von rd. 930.000 Männern und Frauen nicht mehr zurückgegriffen werden.

146 *Wolfgang März*, Äußerer Staatsnotstand, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 25), Bd. XII, – Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl. (2014), § 281, S. 976, Rn. 6.

147 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-08/bundeswehr-reservisten-aufstockung-soldaten>.

148 So *Hesse* (Fn. 44), Rn. 729.

149 Gesetz über den Zivildschutz von 1976 (BGBl. I 2109), es wurde ersetzt durch das Zivildschutz- und Katastrophenhilfegesetz v. 25.03.1997 (BGBl. I S. 726), das zul. durch Art. 144 d. VO v. 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

das Gesetz über das Zivilschutzcorps,<sup>150</sup> das Selbstschutzgesetz,<sup>151</sup> das Schutzbaugesetz<sup>152</sup> oder das Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes.<sup>153</sup>

### 10. Sonstige Maßnahmen unterhalb des Bundesrechts

Für den Schutz von Staat und Verfassung sind in den letzten 20 Jahren verschiedene Einrichtungen gegründet worden. Zu nennen ist dabei das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (2004), das Gemeinsame Analyse- und Strategiezentrum illegale Migration (2006), das Gemeinsame Internetzentrum (2007), das deutsche Weltraumlagezentrum (2009) – seit 2021 dem Weltraumkommando der Bundeswehr unterstellt – und ein Nationales Cyber-Abwehrzentrum (2011). Nach dem Februar 2022 sind in der Bundesregierung Sonderstäbe in nahezu allen Ministerien gegründet worden, um auf die aktuellen Bedrohungslagen angemessen reagieren zu können. Hinzu kommt das Gemeinsame Melde- und Lagezentrum von Bund und Ländern im BBK für internationale Hilfeleistungen im Katastrophenschutzverfahren der EU.

### 11. Zwischenergebnis

Das Bundesrecht hält für die Vorbereitung einer funktionsfähigen Gesamtverteidigung in einem Spannungs- oder Verteidigungsfall nach Art. 115a Abs. 1, 80a Abs. 1 GG einen Bestand an Regelungen bereit, die nahezu das gesamte Spektrum für den zivilen Bevölkerungsschutz und die militärische Verteidigung umfassen. Insbesondere die Notstandsverfassung und die bestehenden Vorsorge- und Sicherstellungsgesetze bilden den Rechtsrahmen. Die wichtigsten Gesetze für eine Vorbereitung der Verteidigungsfähigkeit sind dabei die Sicherstellungsgesetze, das Wehrpflichtgesetz, die Verkündungsvorschriften, Sondernormen im Verwaltungsverfahren-, Arbeits- und Beamtenrecht. Dieser Rechtsrahmen trifft in der Realität auf ein Dilemma: Seine Wirksamkeit hängt von der Feststellung des Spannungs- oder Verteidigungsfalles nach Art. 80a Abs. 1, 115a Abs. 1 GG und damit von der Entsperrung<sup>154</sup> ab. Dann ist es auf Grundlage des aktuellen Zustandes der Gesamtverteidigung für eine wirksame Vorbereitung zu spät.<sup>155</sup> Damit stellt sich die Frage, ob die alte Notstandsverfassung des Kalten Krieges ausreicht, um wirksame »Maßnahmen zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft«<sup>156</sup> Deutschlands einschließlich der Versorgung und des Schutzes der Bevölkerung unter veränderten

150 Das Gesetz über das Zivilschutzcorps von 1965 (BGBl. I S. 782) ist entfallen, dazu: BT-Drucks. VI/3345, S. 20.

151 Gesetz über den Selbstschutz der Zivilbevölkerung (Selbstschutzgesetz) v. 09.09.1965 (BGBl. I S. 1240) ist entfallen, dazu: BT-Drucks. VI/3345, S. 20.

152 Das Gesetz über bauliche Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung (Schutzbaugesetz) v. 09.07.1965 (BGBl. I S. 1232) ist entfallen.

153 Das Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes v. 09.07.1968 (BGBl. I S. 776) ist entfallen.

154 H.M.: *Michael Brenner*, Art. 80a, in: *Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. (2018), S. 2372, Rn. 27; *Werner Heun*, Art. 80a, in: *Horst Dreier* (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl. (2015), S. 2113, Rn. 7; *Funke* (Fn. 64), Rn. 42 ff.

155 *F. Kirchhof* (Fn. 25), S. 634 spricht von der Notwendigkeit, die Wehrverfassung an die neue Lage anzupassen; ebenso: *Günter Krings/Christian Burkičzak*, *Bedingt abwehrbereit?*, DÖV 2002, 501 f.

156 *Daleki*, Art. 80a GG (Fn. 21), S. 43 ff.

sicherheitspolitischen Bedingungen zu gewährleisten.<sup>157</sup> Zugespitzt lautet die Frage, ob die Eskalationslogik der Notstandsverfassung ausreicht, um eine Krisenbewältigung *unterhalb* der Schwelle zur Landes- und Bündnisverteidigung nach Art. 115a GG heute in dem erwartbaren Zeitvorlauf zu gewährleisten, mindestens aber eine umfassende Vorbereitung der Gesamtverteidigung im Sinne von wirksamen »Maßnahmen zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft« zu ermöglichen.<sup>158</sup>

*Anmerkung der Schriftleitung:  
Teil II des Beitrags erscheint in Heft 2/2024.*

157 *Otto Depenheuer*, Art. 80a, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. V, Art. 80a, 63. Erg.-Lfg. (2011), S. 5 Rn. 4, 10; *März* (Fn. 146), S. 977, Rn. 7.

158 Dazu *Johannes Heckel*, Ausnahmezustand und Verfassungsstörung, AöR 61 (1932) S. 257 ff., *Carlo Schmid*, DÖV 1949, 205 spricht insoweit von »Legalitätsreserven«, *Hans Schneider*, Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, VVDStRL 8 (1950) 21 (34, 42) von einer »Legalitätsbrücke« in deutlicher Abgrenzung von Carl Schmitt.

*Joachim Welz*

## **Die Wehrverfassung der Weimarer Republik und die Verfassungswirklichkeit der Reichswehr (Teil I)**

Das größte außen- und innenpolitische Krisenjahr der Weimarer Republik war das Jahr 1923, das sich zum 100. Male gejährt hat. Dabei brachten »Ruhrkampf«, Hyperinflation, »Roter Oktober« sowie der »Hitler-Putsch« die junge Republik an den Rand des Zusammenbruchs. Dies gibt Anlass, die Rolle und Geschichte der Reichswehr und die Wehrverfassung<sup>1</sup> zu analysieren.

<sup>1</sup> Wehrverfassung bedeutet die Summe aller Regelungen, die in einem politischen Gebilde für das Militärwesen gelten. Der Begriff ist also wesentlich weiter als die einschlägigen Regelungen in der Verfassung(surkunde) und des materiellen Verfassungsrechts und umfasst auch alle einfach-gesetzlichen Regelungen, öffentlich-rechtlichen Verträge, wichtigen Verordnungen u.ä.; dabei sind die Grundzüge der Wehrverfassung allerdings üblicherweise Bestandteil der Staatsverfassung, arg. § 16 Paulskirchenverfassung und Art. 79 Abs. 1 Satz 2 Weimarer Reichsverfassung; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II (1980), S. 844–848; *Joachim Welz* (Fn. 1), Vom Kontingentsheer zum Reichsheer, 2018, S. 7; die in rechtliche Form gegossene Wechselbeziehung zwischen Militär, Volk und Staat, *Otto Raesch* (Fn. 1), Die staatsrechtliche und staatspolitische Stellung der deutschen Wehrverfassung seit dem Bismarck'schen Reich, 1938, S. 1; zum historischen Verhältnis von Gesellschaft, Wehr- und Staatsverfassung *Otto Hintze*, Staatsverfassung und Heeresverfassung (1906), insb. S. 4, 7.

## 1. Aus dem Chaos der Revolution von 1918/1919 – demokratischer Phönix?

### a) Gründung der Weimarer Republik<sup>2</sup>

Nach Meuterei der Matrosen der Hochseeflotte seit dem 29.10.1918 sprang die Revolution von Kiel 03./04.11.1918 wie ein Lauffeuer praktisch auf ganz Deutschland über<sup>3</sup> und kulminierte am 09.11.1918 in Berlin. Nachdem der letzte Reichskanzler, Prinz Max von Baden, eigenmächtig die Abdankung des Kaisers verkündet hatte (dessen eigene Rücktrittserklärung erst am 28.11.1918), riefen Scheidemann die »Deutsche Republik« bzw. Liebknecht die »freie sozialistische Republik« aus; der Kaiser floh am 10.11.1918 in die Niederlande. Damit existierte keine Regierung mehr im Deutschen Reich. Zwar hatte Prinz Max die Regierungsgewalt per Handschlag an Friedrich Ebert übergeben, um symbolisch Legalität und Kontinuität zu retten. Dies wurde jedoch von Aufruhr und Revolution überholt. Im ganzen Reich herrschten chaotische Zustände – die typische »revolutionäre Nachkriegskrise«:<sup>4</sup> Die bisherigen Eliten – Monarchen, Adel, Militär, (bürgerliche) Oberschicht – versagen, der Kampf um die Macht spielte sich zwischen den revolutionären Richtungen ab. Im ganzen Land bildeten sich – allerdings in den Zielen heterogene und wenig koordinierte – Arbeiter- und Soldatenräte. Immerhin übernahm bereits am 09.11.1919 ein von den Berliner Arbeiter- und Soldatenräten durch Akklamation gewählter »Rat der Volksbeauftragten« (zunächst je drei von SPD und USPD) die vorläufige Regierungsgewalt und faktische Macht, wobei sich allerdings ein »Vollzugsrat« zunächst noch als übergeordnete Instanz verstand.<sup>5</sup> Die »Revolution« und das Schicksal des Reiches war also in zwei Richtungen gespalten: Während die Rätebewegung eine Räteherrschaft und zumindest teilweise die »Diktatur des Proletariats« verfolgte,<sup>6</sup> legten sich – der jetzt quasi doppelt legitimierte! – Ebert und die Mehrheits-Sozialdemokraten (MSPD) klar auf parlamentarische Demokratie fest.

<sup>2</sup> Geschichte der Weimarer Republik, Der Grosse *Ploetz*, 35. Aufl. (2008), S. 953 f.; Zeittafel *Ernst Willi Hansen*, Der Staat im Staate – Militärgeschichte der Weimarer Republik 1919 bis 1933, in: Grundkurs Militärgeschichte, Bd. 2, Das Zeitalter der Weltkriege (2007), S. 88 f.; Analyse der maßgebenden Strömungen und Faktoren *Hans-Joachim Winkler*, Die Weimarer Demokratie, 1963, S. 9 f.

<sup>3</sup> *Ploetz* (Fn. 2), S. 953; *Ulrich Kluge*, Soldatenräte und Revolution, 1972, S. 40–103; *Volker Ulrich*, Die Revolution von 1918/19 (2009), S. 28 ff.

<sup>4</sup> Historisches »Gesetz« in sozialistischer Terminologie, nach Niederlagen »linke« Revolution, *R. Brühl* u.a. (Hauptredaktion), Wörterbuch zur deutschen Militärgeschichte, Schriften des Militärgeschichtlichen Instituts der DDR, Berlin (Ost) (1985), S. 815, zitiert: Wörterbuch; H-Soz-Kult, 07.02.2019, www.hsozkult.de/event/id/event-89137; *Monika Gibas*, Die revolutionäre Nachkriegskrise im Geschichtsbild der KPD in den Jahren der Weimarer Republik (1979), gegen die (wehrlose!) Mehrheit und dann bei Scheitern der Revolution erfolgt Gegenbewegung nach rechts, vgl. Frankreich 1789 ff., Frankreich und Deutschland 1848 ff., Frankreich 1871, Deutschland 1918, Frankreich 1968; besonders deutlich: Kurt Eisner, USPD, wurde am 08.11.1918 bayrischer Regierungschef und erhielt bei den Wahlen am 12.01.1919 drei Sitze von 188, *Hans Dollinger*, Bayern (1976), S. 198.

<sup>5</sup> *Kluge* (Fn. 3), S. 374; *Richard Müller* (Ko-Vorsitzender des Vollzugsrats), Eine Geschichte der Novemberrevolution, Band 2, 5. Erweiterte Neuauflage, Nachdruck 2011, S. 280 ff., 370 ff.; *Ploetz* (Fn. 2), S. 954.

<sup>6</sup> Bandbreite der Rätebewegung *Kluge* (Fn. 3), S. 374; *Rainer Wohlfeil*, Reichswehr und Republik, in: Deutsche Militärgeschichte 1648–1939, Band VI (1970/Lizenzausgabe 1983), S. 40 ff.; nur teilweise auf »Diktatur des Proletariats« nach sowjetischen Muster, es dominierte die MSPD mit repräsentativer Demokratie mit baldigen Wahlen für die Nationalversammlung; auf dem Rätekongress Verhältnis MSPD: USPD 3: 1 bei wenigen DDP oder Parteilosen.

Die Richtungsentscheidung im parlamentarischen Sinne erfolgte auf dem »Reichsrätekongress« vom 16.-20.12.1918 in Berlin. Mit Mehrheit wurde allerdings in den »Hamburger Punkten«,<sup>7</sup> die das Militärprogramm der Rätebewegung definierten, die »Demokratisierung« des Militärs beschlossen, die aber alsbald durch die Volksbeauftragten, die OHL und den weiter amtierenden preußischen Kriegsminister unterlaufen wurde.<sup>8</sup> Ebert und die MSPD vermochten sich (auch) deshalb durchzusetzen, weil sie bei der Schaffung bewaffneter Kräfte, entscheidend für den Ausgang einer Revolution, effektiver waren. Anders als die Rätebewegung versuchte Ebert nicht ernstlich, eigene revolutionäre Streitkräfte zu schaffen, sondern hatte bereits durch seinen Pakt mit dem Oberkommando – Groener mit Duldung Hindenburgs<sup>9</sup> – am 09./10.11.1918 aus dem alten Heer den Kader für eine spätere Streitmacht und damit die Machtbasis der demokratischen Richtung gewonnen. Dies allerdings um den Preis, dass das – kaiserliche – Berufs-Offizierskorps als Einheit erhalten und ein wesentlicher politischer Faktor blieb.<sup>10</sup>

Beim Waffenstillstand vom 11.11.1918 bestand zwar noch das »alte« Heer mit mehreren Millionen Soldaten, die aber nach den Waffenstillstandsbedingungen überstürzt in die Heimat zurückzuführen und zu demobilisieren waren. Dies geschah zwar an der Westfront in bewundernswerter Ordnung und Disziplin,<sup>11</sup> wohingegen die Truppen der Ostfront auseinandergefallen und die Ersatztruppenteile und Etappe heruntergekommen waren und die Kader der Revolution stellten. Jedenfalls waren die wehrpflichtigen und desillusionierten Weltkriegssoldaten nicht mehr willens und fähig, im Bürgerkrieg eingesetzt zu werden.<sup>12</sup> Bei den geschilderten Zuständen in der Revolutions-Phase – Bildung zahlreicher lokaler »Räte-regierungen« und der Bedrohung der Reichsgrenzen vor allem durch Polen und Litauen – war es für die Volksbeauftragten dringend erforderlich, einsatzfähige Streitkräfte zur Verfügung zu haben. Es mussten deshalb neue Formationen aus Freiwilligen gewonnen werden. Zwar waren bereits seit dem 09.11.1918 zahlrei-

<sup>7</sup> Hamburger Punkte v. 18.12.1918: Kontrolle der Kommandogewalt durch »Vollzugsrat«, Wahl der Führer, Abschaffung des stehenden Heeres und Errichtung einer Volkswehr, Entwaffnung der »Gegenrevolution«; *Andreas Dietz*, Das Primat der Politik in Kaiserlicher Armee, Reichswehr, Wehrmacht und Bundeswehr (2011), S. 174 f.; *Kluge* (Fn. 3), S. 474 ff.; *Müller* (Fn. 5), S. 427; *Rainer Wohlfeil/Hans Dollinger*, Die Deutsche Reichswehr (1977), S. 18 f., abgedruckt S. 20.

<sup>8</sup> »Kampf um die Kommandogewalt«; *Dietz* (Fn. 7), S. 176; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Weimarer Reichsverfassung, Bde. VI, 1981, und VII, 1984, hier *Huber VI*, S. 46 f.; *Kluge* (Fn. 3), S. 486 ff.; *Müller* (Fn. 5), S. 280 ff., 371; Wörterbuch (Fn. 4), Soldatenräte, S. 917; Text des (kurzfristigen) Kompromisses Regierung – Zentralrat v. 19.01.1919 *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 29.

<sup>9</sup> Allgemeiner Sprachgebrauch ohne Adelsprädikat; in den übrigen Fällen Adelsprädikat abgekürzt v.

<sup>10</sup> *Christopher Clark*, Preußen (2007), S. 708; *Dietz* (Fn. 7), S. 167 ff.; *Hansen* (Fn. 2), S. 104; *Winkler* (Fn. 2), S. 13; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 12; ergänzt durch das »Stinnes-Legien-Abkommen« zwischen Wirtschaftsvertretern und Gewerkschaften, womit auch Wirtschafts- und Agrarverfassung (Großgrundbesitz!) erhalten blieben und keine sozialistischen Strukturen entstanden, *Ploetz a.a.O.*, *Winkler* (Fn. 2), S. 13; generell wurden die gesellschaftlichen Strukturen sowie Leben, Freiheit und weitgehend Besitzstand der führenden zivilen und militärischen Schichten, auch Beamtenschaft und Justiz, nur wenig angetastet; *Winkler* (Fn. 2), S. 12 f.; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 13.

<sup>11</sup> *Franz v. Gaertner* (Fn. 11), Die Reichswehr in der Weimarer Republik (1969), S. 20, 27 ff.; *Harold J. Gordon*, Die Reichswehr und die Weimarer Republik (1959), S. 26 f.; *Michael P. Vollert*, Für Ruhe und Ordnung (2014) S. 142 f.

<sup>12</sup> v. *Gaertner* (Fn. 11), S. 28; *Hansen* (Fn. 2), S. 106; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 18 f., 23.

che »demokratische« Volkswehren, Soldatenwehren und Sicherheitstruppen entstanden, die aber unzuverlässig waren und meist der Räte-Richtung nahestanden; auch der Versuch einer zentralen »freiwilligen Volkswehr« scheiterte.<sup>13</sup> Von den Volksbeauftragten wurden schließlich »Freikorps« eingesetzt, die sich auf Initiative einzelner Offiziere, mit Unterstützung der OHL, aus Freiwilligen, zumeist ehemaligen Soldaten, gebildet hatten – typischerweise ohne zivilberufliche Perspektive, politisch antirepublikanisch und nur ihrem »Chef« verpflichtet.<sup>14</sup> Mit diesen Freikorps konnten Berlin zurückgewonnen und Aufstände in Bremen und Hamburg niedergeschlagen werden.<sup>15</sup> Zweiter Ast der regierungsgeführten Freikorps war der »Grenzschutz Ost« unter dem Befehl der bisherigen OHL, jetzt in Kolberg, d.h. der Schutz der Reichsgrenzen<sup>16</sup> sowie die Verteidigung des Baltikums gegen die vordringende »Rote Armee«.

Nach dem überharten Einsatz von Freikorps gegen Einheiten der aufständischen »Volksmarinedivision« am 24.12.1918 durch die Volksbeauftragten der MSPD schieden die Vertreter der USPD am 28.12.1918 unter Protest aus dem Rat der Volksbeauftragten aus und wurden durch zwei weitere MSPD-Vertreter, darunter Noske, der »Militärexperte« der MSPD, ersetzt,<sup>17</sup> womit die provisorische Regierung der Volksbeauftragten endgültig auf die Linie der parlamentarischen Demokratie festgelegt und machtpolitisch dominant war.

Als Reaktion kam es in Berlin und zahlreichen anderen Orten im Reich zu kommunistischen Aktionen, insbesondere Spartakus-Aufstand im Januar 1919,<sup>18</sup> anderen Aufständen und »Räterepubliken«, insbesondere im Ruhrgebiet, in Bremen, Mannheim und Braunschweig, und den »Berliner Märztagen« sowie die »Münchener Räterepublik«, die sämtlich durch Freikorps hart niederschlagen wurden.<sup>19</sup> So konnten die Volksbeauftragten ein gewisses Maß von Ordnung durchsetzen und u.a. die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Wahl einer verfassungsgebenden Nationalversammlung am 19.01.1919<sup>20</sup> sicherstellen, wenn diese auch wegen der Kämpfe in Berlin nach Weimar ausweichen musste.

Die Nationalversammlung beschloss unverzüglich mit dem Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt (vorl.RGG) eine Notverfassung.<sup>21</sup> Der machtpolitische

13 Ges. v. 12.12.1918; v. Gaertner (Fn. 11), S. 28 f.; Hansen (Fn. 2), S. 106; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 24.

14 Dietz (Fn. 7), S. 172 ff., 177; Hansen (Fn. 2), S. 108 ff.; insgesamt rund 290; Zahl und Aufschlüsselung v. Gaertner (Fn. 11), S. 44; Gordon (Fn. 11), S. 32 ff., 60 f., 414 f.; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 31 ff.

15 Dietz (Fn. 7), S. 177; in Berlin mit 30.000, München im April mit 20.000 Mann, v. Gaertner (Fn. 11), S. 32 ff.; Henrik Schulze, Jammerbock, Bd. 2, 1919–1934, S. 138.

16 Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 44 ff., Offensivoperationen, aber alsbald von Foch gestoppt.

17 Gordon (Fn. 11), S. 25; Dokumentation Müller (Fn. 5), S. 371 f, 719 f.

18 Ploetz (Fn. 2), S. 975; Wohlfeil (Fn. 6), S. 15; hierbei auch Ermordung Karl Liebknechts und Rosa Luxemburgs 15.01.1919, allerdings im Kontext mit deren Plänen zur bolschewistischen Revolution und Grausamkeiten der Revolutionäre zu sehen, v. Gaertner (Fn. 11), S. 34, Gordon (Fn. 11), S. 61 f.

19 v. Gaertner (Fn. 11), S. 35 f.; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 39 ff.; Noske: »Erschießungsbefehl«, »einer muss der Bluthund sein«, Spottgedicht: »Laßt Euch nicht verdrießen, der Noske, der lässt schießen«.

20 Wahlergebnis Hansen (Fn. 2), S. 97; Ergebnisse aller Wahlen in der WR mit Reichskanzlern Winkler (Fn. 2), S. 88 ff., grafische Darstellung Militärgeschichte, S. 283; Ploetz, S. 957–968.

21 Vom 10.02.1919 (RGBl S. 169).

Schwebezustand und damit auch die Hauptphase der Revolution<sup>22</sup> endeten faktisch und rechtlich mit der Wahl Eberts zum Reichspräsidenten am 11.02.1919 durch die Nationalversammlung,<sup>23</sup> die Ernennung Scheidemanns zum »Reichsministerpräsidenten«, § 8 vorl.RGG, am 13.02.1919 und die Bildung einer von den MSPD geführten Regierung der »Weimarer Koalition«.<sup>24</sup>

Die Regierungsbildung löste natürlich nicht die Grundprobleme wie Geldentwertung und gewaltige Sozialaufgaben als Kriegsfolgen, die zur Verarmung breiter Schichten führten, sowie das verbreitete Gefühl politischer Heimatlosigkeit durch den Sturz der alten Ordnung, die die Republik bis zu ihrem Ende belasteten.<sup>25</sup>

### b) Aus Trümmern und Freikorps – Entstehung der Reichswehr

In diesen Entwicklungen liegen auch die Wurzeln der Reichswehr. Nach Bildung der Regierung konnte jetzt eine rechtliche Basis für das Gewaltmonopol des Staates mit der zukünftigen Wehrmacht der Republik geschaffen werden: Mit dem »Gesetz über die Bildung einer vorläufigen Reichswehr« vom 06.03.1919<sup>26</sup> wird dem Reichspräsidenten weitgehende Vollmacht für die »Auflösung des bestehenden Heeres und Bildung einer vorläufigen Reichswehr« übertragen und zugleich der Name Reichswehr festgelegt, § 1, deren »demokratische Grundlage« wird betont und der Aufstieg von Unteroffizieren und Mannschaften in die Offiziersausbildung, § 2, vorgesehen. Durch die Ausführungsbestimmungen vom gleichen Tage wurden der Oberbefehl des Reichspräsidenten festgelegt und Einzelheiten über Organisation, Befehlsstrukturen, Status, Auswahl und Laufbahnen geregelt.<sup>27</sup> Die Offiziere wurden allerdings weiterhin durch die Regimentskommandeure ausgewählt.<sup>28</sup> Damit war eine Rechtsgrundlage für die Reste der alten und die neu entstehenden regierungstreuen Verbände geschaffen, die unter das Dach der vorläufigen Reichswehr gesammelt wurden; alle anderen Verbände waren aufzulösen, also die Masse der Freikorps, und die Nichtübernommenen zu entlassen.<sup>29</sup> Bei dieser

22 »Zusammenbruch« der Revolution, Müller (Fn. 5), S. 326; Ulrich, Revolution (Fn. 3), S. 9 f.

23 Entsprechend § 7 vorl.RGG und nicht, wie später nach Art. 80 WRV, durch das Volk, was der Opposition von rechts Stoff für Polemik lieferte und auch als eine Rechtfertigung zum Kapp-Putsch erhalten musste; durch verfassungsänderndes Gesetz v. 07.10.1922 bis 30.06.1925 verlängert.

24 SPD, Zentrum, Liberale; Noske Reichswehrminister, Erzberger Chef der Waffenstillstandskommission.

25 Darstellung der Probleme Ploetz (Fn. 2), S. 954, Winkler (Fn. 2), S. 9 f.

26 RGBI S. 295; Auflösung des alten Heeres und Bildung einer vorläufigen Reichswehr, § 1, demokratische Grundlage, Zusammenfassung und Ergänzung von Freiwilligenverbänden, Übernahme von Personal, § 2; v. Gaertner (Fn. 11), S. 37 ff.; Hansen (Fn. 2), S. 116; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 48 ff., Gliederung S. 51; der 06.03.1919 galt seither offiziell als Gründungstag der Reichswehr, Schulze (Fn. 15), S. 125; analog Gesetz über die Bildung einer vorläufigen Reichsmarine v. 16.04.1919.

27 RGBI S. 296; abgedruckt bei v. Gaertner (Fn. 11), S. 50, in denen noch der preußische Kriegsminister, Kontingente und die Sonderverträge mit Bayern und Württemberg erwähnt werden; Manfred Erhardt, Die Befehls- und Kommandogewalt, (1969), S. 49; Gordon (Fn. 11), S. 63 ff.; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 57 ff.

28 Der demokratische Staat verzichtete hier auf eine wesentliche Einflussmöglichkeit, was Konservatismus, »erwünschte Kreise« und Abschottung förderte, Gordon (Fn. 11), S. 65.

29 Zu diesem Zeitpunkt gab es noch 660.000 aktive Soldaten, davon 250.000 in Freikorps, Schulze (Fn. 15), S. 135; zu den heterogenen Personalquellen und Schwierigkeiten bei Auflösung und Übernahme Gordon (Fn. 11), S. 66–82; rechtlich erfolgte die Auflösung der Freikorps auf alliierten Druck aufgrund Notverordnung des Reichspräsidenten v. 24.05.1921, Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 47, 206.

Entstehungsgeschichte war die vorläufige Reichswehr zunächst inhomogen und nur schwer zu steuern.<sup>30</sup>

## 2. Die rechtlichen Parameter – Versailler Vertrag und Reichsverfassung

### a) Der Versailler Vertrag

Die neue Republik war aber nicht souverän, sondern stand unter dem Damoklesschwert des Versailler Vertrages, der am 28.06.1919 unterzeichnet wurde. Dieser ging rechtlich der WRV vor, Art. 159 ff. VV, Art. 178 Abs. 2 Satz 2 WRV.<sup>31</sup> Neben drastischen Beschränkungen im militärischen Bereich<sup>32</sup> wurden dem Reich zahlreiche Bedingungen auferlegt, die von den Deutschen als unzumutbar hart und teilweise ausgesprochen demütigend empfunden wurden: faktisch keine Verhandlungen – »Diktat«; internationale Diskriminierung; Abtretung von je etwa 16 % des Staatsgebietes, der Bevölkerung und der Industrieproduktion;<sup>33</sup> Verlust der Kolonien; Besetzung des Rheinlands; Ablieferung der Handelsflotte, von Lokomotiven, LKW, Pferden und Milchkühen; Deutsch-Österreich durfte entgegen seinen Gründungsbeschlüssen nicht mit dem Reich vereinigt werden; sowie Reparationen in noch unbestimmter Höhe.<sup>34</sup> Insbesondere innenpolitisch gravierender waren allerdings die in der europäischen Geschichte und im Völkerrecht bisher unüblichen und als unsittlich und gegen die Ehre empfundenen Forderungen – »Schmachparagrafen« – wie Anerkennung der angeblichen deutschen Kriegsschuld, Auslieferung des Kaisers an einen internationalen Gerichtshof und Kriegsverbrecher-Prozesse vor alliierten Gerichten,<sup>35</sup> in der Tat ein Bruch mit dem traditionellen Oblivionsprinzip (der Aufrechnung gegenseitiger Forderungen).<sup>36</sup> Innenpolitische Veränderungen wie Parlamentarisierung, insbesondere Verantwortung des Reichskanzlers gegenüber dem Reichstag, und Absetzung Kaiser Wilhelms wurden zwar nicht explizit gefordert, waren aber faktisch Geschäftsgrundlage für Waffenstillstand und Friedensvertrag;<sup>37</sup> anders als nach 1945

<sup>30</sup> *Gordon* (Fn. 11), S. 671 f.; er unterscheidet nach der Provenienz acht unterschiedliche Kategorien, S. 77 f.

<sup>31</sup> *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11.08.1919, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1965), Art. 178.

<sup>32</sup> S.u. Fn. 41 ff., 125 f.

<sup>33</sup> Oft gegen das Prinzip der Selbstbestimmung; töricht der »Korridor«, an dem der nächste Krieg ausbrach; wesentlich höherer Verluste in Teilbereichen, z.B. 80 % des Eisenerzes, *Dietz* (Fn. 7), S. 216 f.; graphische Übersicht Militärgeschichte, S. 248; *Schulze* (Fn. 15), S. 139; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 22; als Karte *Hansen* (Fn. 2), S. 93; *Hans Herzfeld*, Die Weimarer Republik, Schriftenreihe Innere Führung (1967).

<sup>34</sup> Vgl. aber Art. 2 Satz 2, 61 Abs. 2 WRV, die vom Beitritt Deutsch-Österreichs ausgehen.

<sup>35</sup> *Schulze* (Fn. 15), S. 140; nach nationalem Verfassungsrecht unzulässig, wobei die Auslieferungen im Sande verliefen und die Kriegsverbrecherprozesse nach Widerstand und zähen Verhandlungen (nur) vor dem Reichsgericht in Leipzig stattfanden mit wenigen Verurteilungen.

<sup>36</sup> *Michael Salewski*, Das Trauma von Versailles, in: *Heinrich August Winkler/Alexander Cammann* (Hrsg.), Weimar: ein Lesebuch zur deutschen Geschichte 1918–1933 (1997), S. 88 (90).

<sup>37</sup> *Ulrich*, Revolution (Fn. 3), S. 26; faktisch bereits verwirklicht durch die »Oktoberverfassung« unter Regie von Prinz Max, Gesetz v. 28.10.1918 (RGBl S. 1273), abgedruckt bei *Udo Sauter*, Deutsche Geschichte, Band II: Verfassungen, 2004, S. 120 ff., mit Fettdruck im Text der RV71; zum amerikanischen Einfluss und der Möglichkeit der Monarchie *Winston S. Churchill*, Der Zweite Weltkrieg, einbändige Fassung, Taschenbuch 2003, S. 20.

blieb aber das Reich – und Preußen – bestehen und es wurden keine Vorgaben für Staatsform und innere Organisation gemacht.<sup>38</sup>

Besonders hart wurde das deutsche Militär getroffen: Durch die Waffenstillstandsbedingungen vom 10.11.1918<sup>39</sup> und den Versailler Vertrag vom 28.06.1919<sup>40</sup> wurden extreme Beschränkungen vorgegeben. Das deutsche Militär sollte nicht mehr zur Kriegsführung geeignet sein, sondern nur noch »zur Aufrechterhaltung der inneren Ordnung und zum Grenzschutz«. Waren bereits mit dem Waffenstillstand fast alle Waffen abzugeben, wurde durch den Versailler Vertrag die Entwaffnung festgeschrieben: Entfestigung der Küsten- und sonstiger Schlüsselgebiete, Zerstörung der verbliebenen Waffen,<sup>41</sup> Berufsarmee mit Verbot der Wehrpflicht, für die Deutschen traditionelles Heiligtum, Art. 173 VV, zahlenmäßige und qualitative Beschränkungen: Heer auf 100.000 Mann einschließlich 4.000 Offiziere, Vorschreiben der Truppengliederung bis ins Detail (sieben Infanterie- und drei Kavalleriedivisionen),<sup>42</sup> Art. 160 VV, Verbot von schwerer Artillerie (Kaliber > 10,5 cm), Giftgas, Panzern und Flugzeugen; Verbot der Bildung von Reservern; Verbot des Generalstabes; sowie der Marine auf 15.000 Mann einschließlich 1.500 Offiziere mit Verbot von Großkampfschiffen, Flugzeugträgern, U-Booten und strengen Altersgrenzen und Tonnagebeschränkungen bei den verbleibenden Kriegsschiffen, Art. 181 VV. Zur Vermeidung von Umgehungen sollte auch alles streng durch eine Interalliierte-Militär-Kontrollkommission (IMKK) überwacht werden.<sup>43</sup> Die Vorgaben der neuen Personalstärken bedeuteten die Reduzierung des Millionenheeres über die Stufen 400.000 am 10.01.1920, 300.000 bei der Bildung der vorläufigen Reichswehr (06.03.1919), 200.000 beim »Übergangsheer« 01.04.1920, 150.000 im Oktober 1920 bis auf die 100.000 zum 01.01.1921<sup>44</sup> und bei den Offizieren von über 227.000, davon fast 40.000 aktive, auf 4.000. Diese Vorgaben konnten nur unter erheblichen Schwierigkeiten erreicht werden und endeten vorhersehbar in sozialen Unruhen und Putschen.

Folge war ein erbitterter innenpolitischer Streit um die Unterzeichnung, an dem die Regierung Scheidemann zerbrach.<sup>45</sup> Obwohl unzweifelhaft Fortsetzung oder gar Wiederaufnahme des Krieges Deutschlands Untergang bedeutet hätte, verglichen mit den napoleonischen Frieden oder mit Brest-Litowk die Bedingungen so hart gar nicht waren und die Nationalversammlung mit großer Mehrheit der Annahme des VV zugestimmt hatte,<sup>46</sup> wurde die Alternativlosigkeit von Waffenstillstand und

38 Vergleich 1919 : 1949 *Winkler* (Fn. 2), S. 59.

39 Auszug bei von v. *Gaertner* (Fn. 11), S. 147.

40 RGBI S. 687; <https://www.versailervertrag.de>vv-i>, abgerufen am 15.10.2023.

41 Z.B. > 100.000 MG, > 80.000 Geschütze und Minenwerfer, > 14.000 Flugzeuge..., *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 13, 142.

42 Überproportionaler Anteil der veralteten Kavallerie zur weiteren Schwächung (Relation 1918: rund 300 Infanterie- und 7 Kavalleriedivisionen), wobei die Weiterführung der Lanze das Operettenhafte noch verstärkte.

43 Einzelheiten, Arbeitsweise und Probleme *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 138 ff.

44 Erhandelte Verlängerung gegenüber dem Versailler Vertrag neun Monate; Stufen des Abbaus *Schulze* S. 141 f.; *Wohlfeil/Dollinger* S. 51; Abbau Hintergrund zu Kapp-Putsch, s.u. Text bei 3., Fn. 94 ff.

45 *Hansen* (Fn. 2), S. 120; deutlichster, gegen die Erfüllungs-Position der Regierung manifestierter Protest die Selbstversenkung der deutschen Flotte in Scapa Flow.

46 *Salewski* (Fn. 36), a.a.O.; Nachdem nach internen Kämpfen die Nationalversammlung am 23.06.1919 die Regierung (237 : 138 Stimmen) zur Unterschrift ermächtigt hatte, zugestimmt durch Gesetz v. 16.07.1919, am 10.01.1920 in Kraft getreten, v. *Gaertner* (Fn. 11), S. 150, *Ploetz* (Fn. 2), S. 957.

VV von der rechten Opposition nie internalisiert und der Vertrag statt den Siegermächten den unterzeichnenden demokratischen Politikern angelastet. So entstand die »Dolchstoß«-Legende,<sup>47</sup> die zum Sprengsatz wurde, den die Weimarer Republik nicht entschärfen konnte.

### b) Die Weimarer Reichsverfassung

Zweiter großer Parameter der Weimarer Republik war die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.08.1919.<sup>48</sup>

Deren Design schien auf den ersten Blick gelungen. Die radikalen Veränderungen vom Oktober und November 1918 – Demokratie und Parlamentarisierung – wurden in der Verfassung festgeschrieben sowie die Republik verankert,<sup>49</sup> präzisiert durch wichtige Details wie allgemeines und gleiches Wahlrecht,<sup>50</sup> auch für Frauen, Abschaffung des Adels, vom Volk direkt gewählter Reichspräsident,<sup>51</sup> der Reichskanzler bedurfte der Zustimmung des Reichstages, das Budgetrecht konnte nicht mehr umgangen werden und alle Amtshandlungen des Reichspräsidenten, auch im militärischen Bereich, bedurften jetzt der Gegenzeichnung; Schaffung eines Staatsgerichtshofs, Art. 108, sowie ein umfassender Grundrechtskatalog, Art. 109 ff. WRV.<sup>52</sup>

Durch Art. 106 WRV wurde auch die Abschaffung der (eigenständigen) Militärgerichtsbarkeit mit Verfassungsrang angeordnet<sup>53</sup> und die militärischen Ehrengerichte wurden abgeschafft, Art. 105 WRV – wichtige, allerdings nur Teilaspekte, das »Eigenleben« des Militärs zu begrenzen und dieses in die zivile Rechtsordnung einzubeziehen.

Auffällig ist die starke Stellung des vom Volk direkt gewählten<sup>54</sup> Reichspräsidenten, wegen seiner umfassenden Befugnisse gern als »Ersatzkaiser« bezeichnet,<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Hansen (Fn. 2), S. 97; Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 120, von Hindenburg und Ludendorff – den Verlierern des Kriegs! – kräftig befeuert, Waldemar Erfurth, Die Geschichte des Deutschen Generalstabes (2001), S. 65.

<sup>48</sup> Verfassung des Deutschen Reiches, verabschiedet von der Nationalversammlung am 31.07.1919 mit 262 gegen 75 Stimmen, am 11.08.1919 von Reichspräsident Ebert ausgefertigt = künftiger Verfassungstag – und in Kraft getreten am 14.08.1919 (RGBl S. 1383), abgedruckt bei Sautter, Verfassungen, S. 145–183; graphische Darstellungen Hansen (Fn. 2), S. 101; Ploetz (Fn. 2), S. 955, Winkler (Fn. 2), S. 17.

<sup>49</sup> »Leitgedanken« bei Huber VI (Fn. 8), S. 23.

<sup>50</sup> Das preußische Drei-Klassen-Wahlrecht wurde mit den Oktober-Reformen am 24.10.1918 abgeschafft.

<sup>51</sup> Auf sieben Jahre mit Möglichkeit zur Wiederwahl, aber auch Möglichkeit zur Abwahl, Art. 43 Abs. 2, und Anklage vor dem Staatsgerichtshof, Art. 59, vgl. Text u. Fn. 222.

<sup>52</sup> Nach Vorbild der Paulskirchenverfassung einschließlich neuer sozialer Rechte, Anschütz, WRV (Fn. 31), Einl. 2. Hauptteil (S. 505 ff.); Winkler (Fn. 2), S. 28 f.

<sup>53</sup> Anschütz, WRV (Fn. 31), Art. 106; v. Gaertner (Fn. 11), S. 93; Gesetz betreffend Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit v. 17.08.1920 (RGBl S. 1579); dies gilt allerdings nicht »in Kriegszeiten« und »an Bord der Kriegsschiffe«; eher kritisch beurteilt, Wohlfeil/Dollinger (Fn. 7), S. 64; wurde teilweise umgangen durch Ausweitung des Disziplinarrechts und häufig getarnte Weiterführung von Ehrenverfahren, Gordon (Fn. 11), S. 189 f., 192; Disziplinarrecht allgemein v. Gaertner (Fn. 11), S. 96 f.

<sup>54</sup> Dabei fand im 2. Wahlgang, relative Mehrheit, keine Stichwahl statt, vielmehr konnten neue Kandidaten antreten, wobei einfache Mehrheit reichte, was allein Hindenburgs Präsidentschaft 1925 ermöglicht hat, Huber VI (Fn. 8), S. 313.

<sup>55</sup> Allerdings von der 5. Französischen Republik übernommen und auch in der Republik Österreich 1929 wiedereingeführt, vgl. Art. 60, 70 Abs. 1, 80 Abs. 1 Bundesverfassungs-Gesetz, wo es sich bis heute, zuletzt in der »Kurz-Krise« – vom Präsidenten eingesetzte Expertenregierung – bewährt hat; kritisch zum Begriff wegen der rechtlichen und parlamentarischen Beschränkungen Huber VI (Fn. 8),

was ein (berechtigtes?) Misstrauen gegen Parlament und Parteien ausdrückt und so in die Ambivalenz des Checks and Balances eine Tendenz zum Präsidialsystem anlegte<sup>56</sup> mit Recht zur Ernennung und Entlassung des Reichskanzlers, Art. 53 WRV, jeweils ohne Mitwirkung des Reichstags (einziges Kurationsorgan!),<sup>57</sup> dem Recht zur Auflösung des Reichstags, Art. 25 WRV, Oberbefehl über die Wehrmacht und einem doppelten Notverordnungsrecht, Art. 48 WRV – in Form der Reichsexekution, Abs. 1, und der »Diktaturgewalt«,<sup>58</sup> Abs. 2 – der Reichstag kann diese Maßnahmen zwar außer Kraft setzen, Abs. 3, riskiert dann aber seine Auflösung,<sup>59</sup> sowie das Recht, gegen Beschlüsse des Reichstags Volksentscheide herbeizuführen, Art. 73, 74 Abs. 2 WRV. Wegen dieser Befugnisse und der Schwäche des Reichstages wird der Reichspräsident auch zunehmend als »Hüter der Verfassung« (Carl Schmitt, »Überbau« zu den ausufernden Notverordnungen) angesehen.<sup>60</sup>

Allerdings zeigten sich in Krisenzeiten doch systematische Geburtsfehler, die zum Untergang der Republik beitrugen:

Der Grundrechtsschutz war unvollständig und intransparent. Für den Sturz des Reichskanzlers genügte ein einfaches (destruktives) Misstrauensvotum, ein konstruktives oder eine qualifizierte Mehrheit war nicht vorgesehen, so dass die Regierungen unverantwortlich leicht zu stürzen waren, ohne dass andere regierungsfähige Konstellationen bestanden.<sup>61</sup> Negativ wirkte auch der radikale Übergang vom Mehrheits- zum Verhältniswahlrecht ohne Sperrklausel, Art. 2 WRV,<sup>62</sup> was zur Zersplitterung des Reichstags führte und Regierungsbildungen erschwerte.

Parlamentarismus und Gewicht des Reichstags wurden auch durch starke Elemente direkter Demokratie, weitgehende Möglichkeiten für die Volksgesetzgebung, ausgehöhlt, Art. 73 WRV.<sup>63</sup> Zwar sind alle sieben Anträge auf Volksentscheide gescheitert,<sup>64</sup> die radikale Opposition hat aber in den Kampagnen eine wirksame

S. 307, *Winkler* (Fn. 2), S. 44 ff., 52; Vertretung durch den Reichskanzler, riskante Regelung, die eine unerhörte Machtkonzentration bei diesem labilen Organ bedeutet hätte, wurde nicht relevant, weil (erst!) 1932 die Vertretung durch den Präsidenten des Reichsgerichts beschlossen wurde (die Machtkonzentration wurde später von Hitler, »Führer und Reichskanzler«, herbeigeführt); vgl. aber die Unterschiede im GG – die geänderten Regelungen schienen den Verfassungsgebern (mit) schuld am Untergang der Weimarer Republik, *Winkler* (Fn. 2), S. 87.

56 *Dietz* (Fn. 7), S. 213; zu Entstehungsgeschichte und Motiven *Anschütz*, WRV (Fn. 31), vor Art. 41, S. 241 ff.

57 Dem Reichskanzler kann zwar vom Reichstag das Vertrauen entzogen, d.h. er kann gestürzt werden, Art. 54, er ist aber bis dahin im Amt und kann auch wieder ernannt werden.

58 *Anschütz*, WRV (Fn. 31), Art. 48 Abs. 2, insb. II., Nr. 7 ff.

59 So endete jeder der sieben Reichstage durch Auflösung!, *Winkler* (Fn. 2), S. 46.

60 *Huber VI* (Fn. 8), S. 316, 322.

61 1924–1928 wurden 21 Misstrauensanträge eingebracht, *Winkler* (Fn. 2), S. 38; die Weimarer Republik hatte v. 13.02.1919 bis zum 28.01.1933 insgesamt 23 Regierungen mit einer Laufzeit von durchschnittlich achteinhalb Monaten, Auflistung v. *Gaertner* (Fn. 11), S. 150 f.; *Winkler* (Fn. 2), S. 39, 88 ff.; grafisch *Ploetz* (Fn. 2), S. 962.

62 Faktisch über 16 Großwahlkreise, die aber nur geringe steuernde Wirkung hatten, *Anschütz*, WRV (Fn. 31), Art. 22 Nr. 1.

63 Durch den Reichspräsidenten, ein Drittel der Reichstagsabgeordneten oder Volksbegehren, Art. 73.

64 *Dietz* (Fn. 7), S. 269; *Huber VII* (Fn. 8), S. 429 ff., 433.

Plattform für Agitation erhalten. Der Reichstag selbst machte auch von Ermächtigungsgesetzen Gebrauch und entmachtete sich so auch selbst.<sup>65</sup>

Mit dem Sturz der Fürsten wurden zwar die Länder und damit das föderale Element zugunsten des Reiches geschwächt und generell erfolgte eine weitere Verlagerung des Kraftzentrums auf das Reich.<sup>66</sup> Die Weimarer Republik blieb aber (in zwingender deutscher Tradition) ein Bundesstaat, Art. 2, 17 f. WRV, mit (zuletzt) 17 Ländern und einem Bestand an Rechten für diese. Sie schreckte auch vor einer umfassenden Territorialreform zurück. Es blieben somit zahlreiche Kleinstaaten<sup>67</sup> und Enklaven sowie insbesondere das drückende Übergewicht Preußens erhalten mit drei Fünfteln der Fläche und fünf Achteln der Bevölkerung sowie den wichtigsten Industriegebieten. Bei den reduzierten Befugnissen der Länder und verfassungsmäßigen Beschränkungen im Reichsrat war das Übergewicht Preußens zwar weniger rechtlich, aber faktisch ausgeprägt<sup>68</sup> und es bestand stets ein Dualismus Reich vs. Preußen, insbesondere bei politisch abweichenden Regierungen.

Auch der »Flaggenstreit«, schwarz-rot-gold vs. schwarz-weiß-rot, bereits in Art. 3 WRV angelegt, konnte nie abschließend gelöst werden, was die Autorität der Republik schwer beschädigte.<sup>69</sup>

Schließlich weitete sich das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten, insbesondere die »Diktaturgewalt« nach Art. 48 Abs. 2 WRV, in der Verfassungspraxis contra constitutionem dramatisch aus,<sup>70</sup> was in der finalen Krise seit 1929 zur Aushöhlung von Parlamentarismus und Repräsentation beitrug. Dies wird überwiegend kritisch bewertet, war aber mehr eine Frage der Verfassungswirklichkeit als des Verfassungsrechts. »Schuld« waren auch der Reichstag bzw. die Parteien, die sich weltanschaulich als »Bekennnisparteien«<sup>71</sup> betrachteten und so nicht im Stande waren, Kompromisse und beständige Koalitionen einzugehen und nachhaltige Politik zu machen, sondern auch eigene Regierungen wegen verhältnismäßiger

65 Bis 1925 wurden 450 gesetzesvertretende Verordnungen erlassen (bei 700 vom Reichstag verabschiedeten Gesetzen), *Winkler* (Fn. 2), S. 41, so dass Hitler 1933 hier an einer »Tradition« anknüpfte und Art. 48 – und damit den Reichspräsidenten! – aushebelte.

66 »Unitarischer Bundesstaat«, *Huber VI* (Fn. 8), S. 55, 59; ein weitergehender Verfassungsentwurf von Hugo Preuß, der den Status der Länder beschneiden und Preußen aufteilen wollte, wurde wegen Widerstands Preußens und der Länder nicht realisiert, *Clark* (Fn. 10), 2006, S. 743; *Anschütz*, WRV (Fn. 31), Einl., S. 17 ff.

67 *Anschütz*, WRV (Fn. 31), Art. 2 Nr. 4; *Winkler* (Fn. 2), S. 15, 34; erfolgreich nur Bildung des Landes Thüringen aus sieben Kleinstaaten (ohne preußische Enklaven) zum 01.05.1920; Volksabstimmungen zur Verselbständigung von Oberschlesien und Hannover scheiterten, *Huber VI* (Fn. 8), S. 19, 24, 443.

68 *Ploetz* (Fn. 2), S. 955; *Winkler* (Fn. 2), S. 36; zwar wurden zur Milderung die preußischen Sitze im Reichsrat auf 2/5 gedeckelt, Art. 61 Abs. 1 Satz 3, und die Hälfte durch die Provinzialverwaltungen bestellt, Art. 63 Satz 2, was aber leerlief, da auch die Provinzen der preußischen Regierung unterstanden und faktisch nicht anders abstimmten, *Huber VI* (Fn. 8), S. 63; ders. VII, S. 670 f.; der Dualismus Reich-Preußen war auch Hintergrund zum »Preußenschlag« 1932, s.u. Text bei 6.a), Fn. 218.

69 *Hansen* (Fn. 2), S. 124 ff.; *Winkler* (Fn. 2), S. 31; die Reichswehr hatte als »Kriegsflagge« die Marineversion (mit eisernem Kreuz) durchgesetzt, zeigte aber auch schwarz-weiß-rot, was 1927 – Flaggen-erlass – verboten wurde, *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 138 ff.

70 Insgesamt ergingen gestützt auf Art. 48 WRV über 250 Notverordnungen des Reichspräsidenten, *Winkler* (Fn. 2), S. 50.

71 *Hansen* (Fn. 2), S. 98; *Winkler* (Fn. 2), S. 13 f.

Kleinigkeiten stürzten.<sup>72</sup> So war das Hineingleiten in das Präsidialsystem bei dem herrschenden Problem – Handlungsunfähigkeit des Reichstags bei ökonomischer und innerer Krise – eigentlich die »Schuld« der Wähler und der Parteien, also irgendwie alternativlos.<sup>73</sup>

### c) Wehrverfassung und »Verreichlichung« des Militärs

Während die Reichsverfassung von 1871<sup>74</sup> – neben Marine, Art. 53 RV71, die damals im Deutschen Reich wie in allen vergleichbaren Ländern als selbständige Streitkraft organisiert war, und einigen Einzelregelungen – einen eigenen Abschnitt zum »Reichskriegswesen« enthielt, Abschn. XI, Art. 57–68 RV71, verwendet die WRV zwar den Begriff der Wehr»verfassung«<sup>75</sup> (Art. 6 Nr. 4 und 79 Satz 2 WRV), ist aber bei deren Formulierung sehr zurückhaltend und begnügt sich mit wenigen verstreuten Einzelbestimmungen:

Ausschließliche Zuständigkeit des Reiches (Gesetzgebung, Art. 6 Nr. 4 WRV, und Generalzuständigkeit, Art. 79 Satz 1 WRV); Wehrpflicht, Art. 133 Abs. 2 WRV, der aber offen ist und auf das »Reichswehrgesetz«<sup>76</sup> verweist (das dann in Integration des Versailler Vertrags die Wehrpflicht abschafft, § 1 Abs. 3 WG); Fokussierung der Begrifflichkeit auf »Verteidigung«, Art. 79 WRV (unter Aufgabe von Kriegswesen); der Begriff »Wehrmacht« als Sammelbezeichnung für das gesamte Militär, Heer und Marine, wobei die Marine in der Verfassung nicht mehr erwähnt wird, Art. 47, 176 WRV (wohl aber § 5 WG). Der Reichspräsident hat zwar den »Oberbefehl« (Kommandogewalt, oberste militärische Befehlsgewalt)<sup>77</sup> über die gesamte Wehrmacht, Art. 47 WRV; seine Amtshandlungen bedürfen aber der Gegenzeichnung »auch auf dem Gebiete der Wehrmacht«, Art. 50 WRV, auch diese – gravierende Änderung gegenüber dem Kaiserreich – sind also der demokratischen Kontrolle unterworfen;<sup>78</sup> Ernennung aller Offiziere durch den Reichspräsidenten, Art. 46 WRV; alle Beamten und Angehörigen der Wehrmacht sind »auf diese Verfassung« zu vereidigen, Art. 176 WRV; die Eidesformel ist offen gelassen und wurde durch VO des Reichspräsidenten vom 14.08.1919 festgelegt. Sie lautet: »Ich schwöre Treue der Reichsverfassung und gelobe..., daß ich dem Reichspräsidenten und meinen Vorgesetzten Gehorsam leisten will«, an erster Stelle steht also die Verfassung und an Stelle des Kaisers tritt der Reichspräsident,<sup>79</sup> und schließlich der Einsatz

<sup>72</sup> Linksruck der SPD nach Beitritt der Rest-USPD – bei Gründung der KPD 1920 – mit linkerer Politik und kritischerer Haltung zur Reichswehr, *Ploetz* (Fn. 2), S. 955 f., *Volker Ulrich*, Deutschland 1923 (2022), S. 26, s.u. Text bei Fn. 117, 182, 190 und 202.

<sup>73</sup> *Dietz* (Fn. 7), S. 261, *Huber VI* (Fn. 8), S. 322, ders. VII, S. 1280 ff.

<sup>74</sup> Verfassung des Deutschen Reiches 1871 v. 16.04.1871 (RV71); abgedruckt bei *Sauter* (Fn. 37), S. 120 ff.

<sup>75</sup> Definition s.o. Text bei Fn. 1; auch hier die Gesamtheit aller Gesetze, die das Militär regeln, insb. das »Wehrgesetz«, s.u. Text bei 5. a), Fn. 123 ff.; *Anschtütz*, WRV (Fn. 31), Art. 79 Anm. 1.

<sup>76</sup> Zur Bezeichnung s.u. Text bei 5. a), Fn. 123 f.

<sup>77</sup> *Anschtütz*, WRV (Fn. 31), Art. 47, Nr. 2; *Erhardt* (Fn. 27), S. 48 ff.

<sup>78</sup> *Anschtütz*, WRV (Fn. 31), Art. 50 Nr. 3; *Welz* (Fn. 1), S. 44, 88.

<sup>79</sup> *Wohlfheil/Dollinger* (Fn. 7), S. 65; das Problem der möglichen Diskrepanz zwischen Verfassungstreue und Gehorsam gegenüber Vorgesetzten wurde in der WR nicht thematisiert, *Dietz* (Fn. 7), S. 287 ff.; für das Kaiserreich *Welz* (Fn. 1), S. 50; nach der Homburger Vereinbarung auf die Länderverfassungen erweitert, s.u. Text Fn. 111.

der Wehrmacht zur Reichsexekution und für Sicherheit und Ordnung durch den Reichspräsidenten, Art. 48 WRV.

Nicht ausdrücklich genannt, um den Militärkomplex nicht hervorzuheben, aber vorausgesetzt, ist der »zuständige Minister«, Art. 50, 52f. WRV, – im WG und Sprachgebrauch als »Reichswehrminister« bezeichnet.<sup>80</sup> Unter dem Reichspräsidenten übt er »Befehlsgewalt über die gesamte Wehrmacht aus«, § 8 Abs. 2 WG, ist also nicht mehr nur für die Militärverwaltung zuständig wie seine Vorgänger im Kaiserreich, sondern auch militärischer Befehlshaber.<sup>81</sup> Der Reichspräsident (Ebert) hatte bereits dem Reichswehrminister die Ausübung des dem Verfassungsorgan Reichspräsident verfassungsmäßig zugewiesenen Oberbefehls übertragen mit dem Vorbehalt, weiterhin unmittelbare Befehle erteilen zu können.<sup>82</sup> Die Wehrverwaltung ist in der WRV nicht ausdrücklich erwähnt, aber unstreitig mit gemeint.<sup>83</sup> Verglichen mit der RV71 war diese »Verreichlichung« der Reichswehr nochmal ein erheblicher Kraftakt:<sup>84</sup> Das »einheitliche Heer«, nach Art. 63 RV71, stand nur auf dem Papier, da die Bestimmungen der Reichsverfassung nur nach Maßgabe der Konventionen mit den Ländern galten, Art. 66 RV71. Insbesondere die süddeutschen Königreiche hatten sich – entgegen Text und Geist der Reichsverfassung – weitgehende »Reservatrechte« insbesondere bei Militär bzw. Wehrverfassung ausbedungen, Schlussbestimmungen zum XI. und XII. Abschnitt der RV71.<sup>85</sup> So hatten Sachsen, Württemberg und Bayern eigene Kontingente, Generalstäbe und Kriegsministerien. Besonders weit gingen die Sonderrechte für Bayern: Hier war dem Kaiser im Frieden faktisch die Einwirkung auf das Bayerische Heer entzogen.<sup>86</sup> Der juristische Streit, ob das Deutsche Heer im Kaiserreich ein Reichsheer oder ein Kontingentsheer war, dauert bis heute an.<sup>87</sup> Trotz Wegfall des monarchistischen Elementes 1918 gingen der Abschaffung der Reservatrechte und Kontingente zähe Verhandlungen zwischen dem Reich und den Ländern Preußen, Bayern, Württemberg und Sachsen voraus, die schließlich zur »Weimarer Vereinbarung«<sup>88</sup> führten: »daß unter Aufhebung aller unter ihnen und mit dem Reiche bestehenden Verträge, Abmachungen und Reservatrechte auf dem Gebiete des Heerwesens das künftige Reichswehrgesetz die

80 Die Funktion wurde zunächst dem preußischen Kriegsminister (damals Reinhardt), mit der Bildung der Reichsregierung dem zuständigen Minister, ohne Ressortbezeichnung, § 8 vorIRGG (Noske), übertragen, zunächst parallel zum Preußischen Kriegsminister, also zwei zuständige Minister!, bis am 14.08.1919 auch das preußische Kriegsministerium aufgelöst und das Reichswehr-Ministerium (erst) zum 08.11.1919 offiziell gebildet wurde, *Dietz* (Fn. 7), S. 189 ff.; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 26 ff.

81 *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 62–69.

82 VO v. 20.08.1919 (RGI S. 1475).

83 *Anschütz*, WRV (Fn. 31), Art. 79 Nr. 2.

84 Zur – nicht reibungsfreien – Entstehungsgeschichte Walter Hüsing, *Die neue deutsche Wehrverfassung*, 1920, S. 37 f.; *Raesch* (Fn. 1), S. 49, 61 f.

85 Für Sachsen auf Grund der Militärkonvention mit Preußen v. 15.12.1866, für Württemberg und Bayern auf Grund verfassungsmäßiger Absicherung der Beitrittsverträge, *Welz* (Fn. 1), S. 756 ff. bzw. S. 78 ff.

86 Der bayerische Fahneneid verpflichtete zum Gehorsam für den Kaiser nur zu Kriegszeiten, *Welz* (Fn. 1), S. 80 f.

87 Vgl. *Welz* (Fn. 1), S. 93 ff. m.w.N.

88 Zitiert nach *Raesch* (Fn. 1), S. 8, 61 f. m.w.N.; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 62; so platzte zwar der Traum einer »Reichswehr in Bayern«, organisatorische Reste hielten sich aber noch zäh, z.B. § 12 Abs. 2 WG, Achim Fuchs, *Einführung in die Geschichte der Bayerischen Armee* (2014), S. 96.

vollkommene Einheitlichkeit des deutschen Heerwesens gewährleisten muß«. Die Kontingente, Kriegsministerien und Generalstäbe wurden zu einem Reichsheer vereinigt und der Reichspräsident (Ebert) durfte anordnen: Hiermit »sind alle Teile der Wehrmacht des Reiches meinem Oberbefehl unterstellt. ... Gleichzeitig ist die Heeresverwaltung auf das Reich übergegangen und hat die Selbständigkeit der Heeresverwaltungen der einzelnen Länder aufgehört.«<sup>89</sup>

Damit war mit der Weimarer Reichsverfassung nicht nur eine einheitliche Wehrmacht, sondern auch eine echte Reichsstreitmacht durchgesetzt worden, ein wichtiges, das System charakterisierendes verfassungsrechtliches und politisches Signal, da die Zentralisierung des Militärs und seiner Verwaltung maßgebliches Indiz für den Grad der Zentralisierung föderaler Systeme ist.<sup>90</sup>

Dieser Eindruck der vollständigen Verreichlichung täuscht allerdings, da das Wehrgesetz – im Einklang mit Art. 79 WRV, der die »Berücksichtigung der besonderen landsmannschaftlichen Eigenarten« vorgab – noch beachtliche Reste »landsmannschaftlicher« Komponenten übrigließ.<sup>91</sup>

### 3. Putsche, Volksfront, Ruhrkampf – Krisenjahre bis 1923

Die Regierungsbildung führte aber längst nicht zu Stabilität und innerem Frieden, vielmehr begann eine Art zweite Phase von Revolution und Quasi-Bürgerkrieg.<sup>92</sup> Viele linke Kräfte akzeptierten Verfassung und Regierung nicht und es kam zu zahlreichen Aufständen an Rhein und Ruhr, in Oberschlesien, Sachsen und Thüringen sowie insbesondere der »Räterepublik« in München. Diese wurden aber durch Freikorps bzw. vorläufige Reichswehr niedergeworfen.<sup>93</sup>

Die Gefahr von rechts kulminierte in den bekannten Putschen: Bei grundsätzlichem Widerstand breiter Militärkreise wurde der Truppenabbau zum Auslöser: Ab Sommer 1919 mussten weitere 200.000 Freikorpsoldaten entlassen werden. Als hierfür die Auflösung der hochgeschätzten Marinebrigade Erhardt angeordnet wurde, widersetzte sich ein rechtsextremer Verschwörerkreis.<sup>94</sup> Der zuständige Befehlshaber des Generalkommandos I, General Lüttwitz, sowie der rechtsextreme Politiker Kapp besetzten am 13.03.1921 mit der Brigade Ehrhardt Berlin und die Regierungseinrichtungen fast ohne Widerstand.<sup>95</sup> Sie ernannten Kapp zum Reichs-

89 Verordnung des Reichspräsidenten v. 02.08.1919, RGBI S. 1475; die Funktion des preußischen Kriegsministers blieb noch bis zum 13.09.1919 bestehen.

90 Alfred Gau, Die Kontingentsherrlichkeit nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1904, S. 2 f.; Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht, Erster Band (1892), S. 482 f.; Welz (Fn. 1), S. 8 f.

91 In Ausfüllung von Art. 79 Abs. 2 WRV; s.u. Text bei 5 a), Fn. 143 ff.

92 Übersicht über die Kämpfe v. Gaertner (Fn. 11), S. 46, Ulrich, Revolution (Fn. 3), S. 9 f.; Darstellung als Karte Hansen (Fn. 2), S. 115.

93 v. Gaertner (Fn. 11), S. 61 ff.; »Rote Ruhrarmee«, Wörterbuch S. 840 ff.; der Kampf gegen die 50.000 Mann starke »Rote Ruhrarmee« kostete an Opfern 1.000 Aufständische und 200 Reichswehrosoldaten, Hansen (Fn. 2), S. 114 f.; Köckert/Werberg, Das Krisenjahr 1923, ZMG 2/2023, S. 6 (9 ff.); in München wesentlich durch die Brigade Erhardt.

94 Dietz (Fn. 7), S. 218 f.; Wohlfeil/Dollinger S. 188 f.; zum »ideologischen« Hintergrund Hansen (Fn. 2), S. 112.

95 Authentische Schilderung v. Gaertner (Fn. 11), S. 60.

kanzler und Lüttwitz zum Reichswehrminister. Ebert und die Reichsregierung folgten der Bewertung der anwesenden Offiziere außer Reinhardt,<sup>96</sup> die Reichswehr nicht einzusetzen,<sup>97</sup> und waren zwar zur peinlichen Flucht nach Stuttgart gezwungen, riefen aber zum Generalstreik und die Beamten zum Ungehorsam auf. Der Putsch brach nach »100 Stunden«, am 17.03.1920, am Generalstreik und am Boykott der Beamten kläglich zusammen.<sup>98</sup>

Eine weitere rechte Bedrohung war die gezielte Ermordung, »Fememorde«, profilierter kommunistischer und demokratischer Politiker.<sup>99</sup>

So blieb die junge Republik zwischen rechten und linken Demokratiegegnern zerrissen; sie stand unter dem Druck der Alliierten und des Versailler Vertrages sowie Angriffen Polens und Litauens auf deutsches Gebiet. Dies kumulierte 1923, dem größten Krisenjahr der Weimarer Republik. Am 10.01.1923 annektiert Litauen faktisch das Memelgebiet. Am 11.01.1923 besetzten französische und belgische Truppen das Ruhrgebiet. Regierung und Bevölkerung reagierten mit passivem Widerstand und lösten den »Ruhrkampf« aus.<sup>100</sup> Dessen Finanzierung nur mit der Notendrucke<sup>101</sup> führte zur Hyperinflation und den damit verbundenen dramatischen sozialen Problemen mit dem Absturz der (staatstragenden) Mittelschichten ins Proletariat und die politische Radikalität.<sup>102</sup> Im besetzten Rheinland und der bayerischen Pfalz kam es zu separatistischen Bewegungen.<sup>103</sup> Die neue Regierung Stresemann musste den Ruhrkampf abbrechen, was zu neuen Auseinandersetzungen mit links und rechts führte.<sup>104</sup> Um die Handlungsfähigkeit zu erhalten griffen Regierung und Reichstag zum Instrument des Ermächtigungsgesetzes.<sup>105</sup>

<sup>96</sup> General Reinhardt war der – republikanisch gesinnte – Chef der Heeresleitung, ehem. Preuß. Kriegsminister, später »Vater« der Reinhardt-Kurse, Text s.o. Fn. 80, s.u. Fn. 164.

<sup>97</sup> Leitsatz »Reichswehr schießt nicht auf Reichswehr«, Argumente v. Seeckts zitiert nach *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 193; die Zuschreibung der Entscheidung zu v. Seeckt verkennt, dass er keine Entscheidungsbefugnis hatte und nur raten konnte, Text s.u. 5. d), Fn. 189 ff.; Huber, VII, S. 54 ff.; kritisch *Dietz* (Fn. 7), S. 219; auch hat v. Seeckt unverzüglich 235 Offiziere, die am Putsch teilgenommen hatten, entlassen oder strafversetzt, *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 199.

<sup>98</sup> Noske, zitiert nach v. *Gaertner* (Fn. 11), S. 58; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 22.

<sup>99</sup> Kurt Eisner 21.02.1919, Hugo Haase 07.11.1919, Matthias Erzberger 26.08.1921 und Walter Rathenau 24.06.1922 durch rechtsradikale Täter, insb. die Organisation Consul; zu politischen Morden insgesamt und ihrer asymmetrische Ahndung *Hansen* (Fn. 2), S. 130 f.

<sup>100</sup> *Köckert/Werberg* (Fn. 93), a.a.O.; *Ploetz* (Fn. 2), S. 961; *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 28–52.

<sup>101</sup> Bei völligem Unverständnis und Hilflosigkeit von Regierung und Reichsbank gegenüber den makroökonomischen Problemen Frank Stocker, Der »schlechteste Zentralbankchef aller Zeiten«, *Die Welt*, 17.11.2023, S. 18.

<sup>102</sup> *Palmér/Neubauer*, *Die Weimarer Zeit* (2000) S. 83, 91 ff.; *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 62 f., 72–104.

<sup>103</sup> Für Unabhängigkeit von Rheinland und Pfalz mit französischer Unterstützung, *Hansen* (Fn. 2), S. 96, *Ploetz* (Fn. 2), S. 961; *Ulrich*, *Revolution* (Fn. 3), S. 218, 224 ff.; (zu unterscheiden von reichstreuer Richtung, die nur Preußen aufspalten wollte, der auch Adenauer nahestand, *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 220, 269 f.).

<sup>104</sup> *Ploetz* (Fn. 2), S. 961; *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 119 ff.; Auslöser für den – »Buchrucker« (Mini)Putsch von Einheiten der Schwarzen Reichswehr am 01.10.1923 in Küstrin und Spandau, der alsbald an der Reichswehr scheiterte, s.u. Text bei Fn. 173, 192; 1928 wurde Buchrucker als Autor von »Im Schatten Seeckts« bekannt.

<sup>105</sup> Vollmacht an Regierung, Gesetzgebungsmaterien durch Verordnung zu regeln; 1920–1923 acht Ermächtigungsgesetze, was die Handlungsfähigkeit des Reichstages zeigt; *Huber VI* (Fn. 8), S. 439 f.; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 23.

Der »Rote Oktober« wurde zum nächsten Kulminationspunkt. Angesichts der katastrophalen sozialen und politischen Lage sah die radikale Linke die Situation reif für einen aktiven Systemwechsel und erprobte beide Methoden, das »Volksfront-Modell« oder den gewaltsamen Aufstand nach bolschewistischem Vorbild.<sup>106</sup> So bildeten sich Volksfront-Regierungen in Sachsen und Thüringen, die per Reichsexekution (Art. 48 Abs. 2 WRV) am 29.10. bzw. 06.11.1923 von der Reichswehr gestürzt wurden.<sup>107</sup> Das Modell des offenen Umsturzes wurde mit dem »Hamburger Aufstand« am 23.10.1923 mit dem Sturm der Polizeireviere versucht. Doch die Hoffnung auf das Initial zu einer Massenerhebung erwies sich als naiv; die Reichswehr beendete den Spuk bereits am 24.10.1923.<sup>108</sup>

Als rechte Gegenreaktion entstand in Bayern unter dem von der Bayerischen Regierung unter Berufung auf Art. 48 Abs. 3 ernannten »Generalstaatskommissar« v. Kahr und dem – am 20.10.1923 seines Amtes enthobenen – Landeskommandanten v. Lossow faktisch eine selbständige Regierung.<sup>109</sup> Im Streit über die erforderlichen Maßnahmen trat die SPD aus der Regierung aus; damit zerbrach die Koalitionsregierung Stresemann in Berlin. Vorbei am zerbrochenen Kabinett übertrug Ebert v. Seeckt, dem Chef der Heeresleitung, die oberste Exekutivgewalt des Reiches. Dies Chaos und Putschüberlegungen der Bayerischen Regierung nutzte Adolf Hitler zum »Hitler-Putsch« in München am 08./09.11.1923, wobei er Reichsregierung und Bayerische Regierung für abgesetzt erklärte und sich selbst zum Reichskanzler ernannte. Da die bayerischen Funktionsträger sich nach anfänglichem Schwanken letztlich entgegenstellen, scheiterte trotz Beteiligung Ludendorffs auch dieser Putsch kläglich beim »Marsch auf die Feldherrnhalle« bereits im Feuer (weniger) bayerischer Polizisten.<sup>110</sup> v. Seeckt nutzte aber seine Vollmachten zum Verbot von NSDAP, KPD und ihrer Unterorganisationen am 23.11.1923. Auch der Konflikt mit Bayern endete zwar etwas zäh, aber erfolgreich durch den erzwungenen Rücktritt v. Kahrs und v. Lossows am 18.02.1924.<sup>111</sup> v. Seeckt gab seine Sondervollmachten nach Etablierung des neuen Kabinetts Marx nach erfüllten Auftrag (entgegen Spekulationen und Wünschen zu Errichtung einer Militärdiktatur) am 24.02.1924 zurück (was seinem Image in der Reichswehr eher schadete).

<sup>106</sup> Mit diesem Ziel agitierte vor allem Karl Radek im Auftrag Stalins und der Komintern, *Hildegard Kochanek*, Radek, Karl, in: *Neue Deutsche Biographien* 21 (2003), S. 89 (Online-Version); <https://www.deutsche-bibliographie.de/pnd118597639.htm#ndbcontent>.

<sup>107</sup> *Ploetz* (Fn. 2), S. 961; *Dietz* (Fn. 7), S. 229 f.; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 26 ff.; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 211 ff.

<sup>108</sup> Mit mehr als 100 Todesopfern.

<sup>109</sup> *Hansen* (Fn. 2), S. 140 f.; *Ploetz* (Fn. 2), S. 169 f.; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 214 ff.; s.u. Fn. 147.

<sup>110</sup> Bei wiederum »Zurückhaltung« v. Seeckts und ihm folgend Ebert war kein Einsatz der Reichswehr erfolgt, *Gordon* S. 410.

<sup>111</sup> Durch die Homburger Vereinbarung zwischen dem Reich und Bayern, um den Preis weitere Bayerischer Sonderrechte, z.B. Aufnahme auch der Landesverfassung in den Fahneid; *Karl-Ulrich Gelberg*, Homburger Vereinbarung, 14./18.02.1924, in: *Historisches Lexikon Bayerns*, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de>; *Köckert/Werberg* (Fn. 93), S. 12 f.; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 222 f.

#### 4. Scheinnormalität – die »goldenen« Zwanzigerjahre

Nachdem die Weimarer Republik sich so durch das Krisenjahr gerettet hatte, erfolgte von 1924 bis 1929 eine gewisse Konsolidierung<sup>112</sup> unter den Regierungen Marx und Luther (Außenminister Stresemann bis 1929 im Amt).<sup>113</sup> Die Inflation wurde durch die Rentenmark, später Reichsmark, gestoppt,<sup>114</sup> die Alliierten räumen nach und nach die besetzten Gebiete,<sup>115</sup> die Reparationen werden auf eine gemäßigte, nachvollziehbare Basis gestellt (Young-Plan),<sup>116</sup> die IMKK zog 1927 ab, einzelne Erleichterungen des Versailler Vertrages werden möglich bzw. geduldet, z.B. der Neubau von kleinen Kreuzern und – innenpolitisch hoch umstritten – »Panzerkreuzern«.<sup>117</sup> Mit den Verträgen von Locarno (Westmächte) und dem Berliner Vertrag<sup>118</sup> (Sowjetunion) sowie der Aufnahme Deutschlands in den Völkerbund am 08.09.1926 wird die außenpolitische Integration in die Staatengemeinschaft erreicht.<sup>119</sup>

Diese politische Konsolidierung führte auch zu einer (Schein)Blüte:<sup>120</sup> Wissenschaft, Technologie und Wirtschaft erleben einen ungeahnten Aufschwung; besonders eindrucksvoll die Blüte von Kunst und Kultur – die »goldenen Zwanzigerjahre«. Jedoch blieben die innenpolitischen Probleme mit sozialem Abstieg der Mittelschichten, gesellschaftlicher Spaltung und Agitation von links und rechts bei ständig wechselnden Regierungen bestehen. Dabei war das Erstarken der radikalen Parteien und Bewegungen und vor allem der indirekt durch Agitation verursachte Tod Friederich Eberts im Februar und die Wahl v. Hindenburgs zum Reichspräsidenten im April 1925 – Rechte gegen die Weimarer Koalition – symptomatisch für die Krise im Parlamentarismus und die politische Rechtstendenz.<sup>121</sup>

*(Hinweis der Schriftleitung:  
Teil II des Beitrags erscheint im nächsten Heft.)*

112 *Churchill* (Fn. 37): »Frieden im Zenit«, »Jahre der Hoffnung«, S. 28 f.; *Dietz* (Fn. 7), S. 234 f.; *Epenhans/Hagemann*, (Hrsg.), *Militärgeschichte* (2021), S. 255; *Ploetz* (Fn. 2), S. 962 ff.; Text bei s.o. Fn. 109, s.u. Fn. 147.

113 Große außenpolitische Leistungen (Nobelpreis!); *Herzfeld* (Fn. 33), S. 119 ff.; *Ploetz* (Fn. 2), S. 962 ff.; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 28 ff.

114 *Ploetz* (Fn. 2), S. 962; *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 249 ff.

115 Als Karte *Hansen* (Fn. 2), S. 102, *Ploetz* (Fn. 2), S. 958.

116 Vom Juni 1928; erfolgloser Volksentscheid hiergegen machte Hitler populär: *Ploetz* (Fn. 2), S. 965 f., *Winkler* (Fn. 2), S. 23 f.

117 Doppelte Zerreißprobe: Reichstag 205: 202: 8 Stimmen! und für die SPD – im Kabinett dafür, im Wahlkampf und Reichstag dagegen (zur generellen Haltung der SPD in Wehrfragen Text bei Fn. 72, 182, 190, 202); *Herzfeld* (Fn. 33), S. 137, *Hansen* (Fn. 2), S. 151. Mit sechs Geschützen 28 cm Klassifizierung wechselnd – »Panzerkreuzer« taxonomisch korrekt, politisch benutzt und VV engl. u. franz. Version; VV deutscher Text und Washingtoner Flottenverträge »Schlachtschiff«, nach Indienstellung »Panzerschiff«, 1939 »Schwerer Kreuzer«, Spitzname »Pocket-Battleships«; bewährten sie sich im Krieg nur bedingt; *Kaack/Focke*, *Die Schiffe der Reichs- und Kriegsmarine 1921–1945*, Sonderausgabe 2019, S. 38 ff.; *Siegfried Beyer*, *Schlachtschiffe und Schlachtkreuzer 1905–1970* (1970), S. 305 ff.

118 Deutsch-sowjetischer Freundschaftsvertrag v. 14.04.1926, Ausbau des Vertrages von Rapallo, 1922.

119 *Hansen* (Fn. 2), S. 135; *Herzfeld* (Fn. 33), S. 45, 123; *Wohlfeil/Dollinger* (Fn. 7), S. 144 f.

120 *Palmér/Neubauer* (Fn. 102), S. 116 ff.; *Ulrich*, 1923 (Fn. 72), S. 273–316; Die »goldenen Zwanziger«, div. Autoren, in: *Winkler/Cammann*, Weimar (Fn. 36), S. 144–183.

121 *Militärgeschichte* S. 254; *Ploetz* (Fn. 2), S. 963 f.; *Winkler* (Fn. 2), *Heinrich August Winkler*, Ein Votum gegen Weimar – die Wahl Hindenburgs, in: *ders./Cammann* (Fn. 36), S. 185 ff.; *Wohlfeil* (Fn. 6), S. 31 f.

## Rechtsprechung

### Anhörung der Vertrauensperson bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens

SBG §§ 17, 21, 28, 63; WDO § 17 Abs. 1, § 99;  
Zentrale Dienstvorschrift A-1472/1

#### Leitsatz:

**Die Anhörung der Vertrauensperson bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens unterliegt dem Beschleunigungsgebot des § 17 Abs. 1 WDO. Nach Ablauf einer angemessenen Frist kann die Anhörung abgeschlossen werden, auch wenn der Vertrauensperson ein persönliches Gespräch mit dem betroffenen Soldaten bis dahin nicht möglich gewesen ist.**

BVerwG, Beschl. v. 15.06.2022 – 1 WB 7.21  
(ECLI:DE:BVerwG:2022:150622B1WB7.21.0)

#### Gründe:

##### I

[1] Der Antragsteller rügt die Verletzung seiner Beteiligungsrechte in einer Disziplinarangelegenheit.

[2] Der Antragsteller ist Mitglied des Personalrats [...]. In der Gruppe der Soldatenvertreter nahm er im hier gegenständlichen Zeitraum die Befugnisse der Vertrauensperson der Unteroffiziere in Angelegenheiten nach der Wehrdisziplinar- und Wehrbeschwerdeordnung gem. § 63 Abs. 2 Satz 1 SBG wahr.

[3] Die Wehrdisziplinaranwaltschaft [...] führte gegen eine Unteroffizierin mit Portepee ... wegen eines Eigentumsdelikts ein gerichtliches Disziplinarverfahren. In ihrer ersten Vernehmung vom 06.12.2018 hatte die Soldatin die Anhörung der Vertrauensperson ausdrücklich abgelehnt und sich mit der Einsichtnahme in Unterlagen und Akten durch die Vertrauensperson nicht einverstanden erklärt. Im Rahmen der Anhörung vor Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens bat die Wehrdisziplinaranwaltschaft den Verteidiger der Soldatin mitzuteilen, ob an der Ablehnung festgehalten werde, und falls dies nicht der Fall sein sollte, ob der Vertrauensperson Einsicht in die Ermittlungsakte zu gewähren sei.

[4] Mit Schriftsatz vom 20.08.2019 beantragte der Verteidiger der Soldatin die Anhörung der Vertrauensperson. Angaben zu einer Einwilligung zur Einsichtnahme der Vertrauensperson in Unterlagen und Akten enthält das Schreiben nicht. Mit gesondertem Schreiben äußerte der

Verteidiger außerdem den Wunsch nach Anhörung der »originären« Vertrauensperson nach deren Rückkehr aus der Auslandsverwendung.

[5] Die Wehrdisziplinaranwaltschaft setzte dem zuständigen Disziplinarvorgesetzten eine Frist zur Durchführung der Anhörung bis zum 14.10.2019. Die Soldatin befand sich nach Rückkehr des Antragstellers aus der Auslandsverwendung am 20.09.2019 bis zum 14.10.2019 im Krankenstand.

[6] Am 14.10.2019 wurde die Anhörung des Antragstellers [...] durchgeführt. In der Anhörung äußerte sich der Antragsteller zur Person, zum Sachverhalt und zum Disziplinarmaß. In seinen Ausführungen zur Person rügt er die Fristsetzung zur Durchführung der Anhörung, die ihm die Möglichkeit genommen habe, mit der krankheitsbedingt abwesenden Soldatin persönlich zu sprechen. Ferner seien die ihm vorgelegten Ermittlungsunterlagen unvollständig gewesen.

[7] Die Erörterung der Stellungnahme erfolgte am 04.11.2019 durch eine Vertreterin der Wehrdisziplinaranwaltschaft. Dem Antragsteller war zuvor Einsicht in die Vorermittlungsakte und die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft gewährt worden. Er machte im Rahmen der Erörterung Ausführungen zur Person, zum Sachverhalt und zum Disziplinarmaß. In Bezug auf die Person der Soldatin könne er keine näheren Angaben machen. Er habe zu der Soldatin keinen weiteren unmittelbaren Kontakt gehabt.

[8] Anhörung und Erörterung wurde dem Verteidiger der Soldatin mit Schreiben vom 06.11.2019 bekannt gegeben und ihm Gelegenheit gegeben, sich zu der Einleitung und den Nebenentscheidungen für seine Mandantin zu äußern. Mit Verfügung vom 13.01.2020, ausgehändigt am 27.01.2020, leitete der Kommandeur [...] gegen die Soldatin ein gerichtliches Disziplinarverfahren ein. Gleichzeitig erfolgten die vorläufige Dienstenthebung und die Erteilung eines Uniformtrageverbots sowie die Anordnung der Kürzung der Dienstbezüge der Soldatin um ein Drittel.

[9] Mit Schreiben vom 07.02.2020 legte der Antragsteller [...] Beschwerde mit der Begründung ein, in seinen Rechten als Vertrauensperson der Unteroffiziere behindert worden zu sein. Zwar sei ihm die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden, inhaltlich sei ihm aber eine sachgerechte Äußerung nicht möglich gewesen. Die Fristsetzung habe einem persönlichen Gespräch mit der Soldatin im Wege gestanden, weil diese längerfristig erkrankt gewesen sei. Auch seien sachgerechte Ausführungen zum Sachverhalt nicht möglich gewesen, weil die Wehrdisziplinaranwaltschaft entlastenden Hinweisen nicht nachgegangen sei. Die ihm am 14.10.2019

vorgelegte Vorermittlungsakte habe den Stand vom 15.05.2019 gehabt und sei somit unvollständig gewesen. Folge sei eine Verletzung von § 21 Satz 1 SBG, der eine rechtzeitige und umfassende Unterrichtung der Vertrauensperson vorsehe. Die Stellungnahme sei auch nicht im Rahmen der Erörterung wiederholt worden. Zwar sei ihm zu diesem Zeitpunkt umfassend Akteneinsicht gewährt worden, Unterrichtung und Stellungnahme an einem Termin seien jedoch nicht zulässig.

[10] Auf Nachfrage am 15.04.2020 teilte man dem Antragsteller mit, dass seine Beschwerde als Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Wehrdisziplinaranwaltschaft gewertet worden sei und zuständigkeitshalber an die Bundeswehrdisziplinaranwaltschaft weitergeleitet werde. Daraufhin legte der Bevollmächtigte des Antragstellers mit Schreiben vom 25.05.2020 weitere Beschwerde gem. § 16 Abs. 2 WBO ein und begründete diese mit der mehr als zweimonatigen Untätigkeit ...

[11] Mit Bescheid vom 07.10.2020 wies der Generalinspekteur der Bundeswehr die weitere Beschwerde als unbegründet zurück. Als Vertrauensperson der Unteroffiziere im Personalrat [...] stehe dem Antragsteller ein Beschwerderecht zu. Die ursprüngliche Beschwerde sei auch fristgerecht erhoben worden; ausschlaggebender Beschwerdeanlass sei die Aushändigung der Einleitungsverfügung an die Soldatin am 27.01.2020 gewesen. Das Feststellungsinteresse sei zu bejahen, da die Wehrdisziplinaranwaltschaft ihre Anhörungspraxis beibehalten werde. Mangels Beeinträchtigung von Beteiligungsrechten sei die Beschwerde jedoch unbegründet. Dem Antragsteller sei am 14.10.2019 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Ein persönliches Gespräch mit der betroffenen Soldatin fordere das Gesetz nicht; ein Gespräch sei im Übrigen bei der Nachfrage des Antragstellers, ob eine Anhörung gewünscht werde, zustande gekommen und eine Stellungnahme zum Sachverhalt sei erfolgt. Für die Einleitung ausreichend sei der Anfangsverdacht eines Dienstvergehens; der Einwand noch nicht abgeschlossener Ermittlungen sei insofern irrelevant. Die dem Antragsteller vorgelegte Akte habe auch mit Stand 15.05.2019 die wesentlichen Gesichtspunkte zum Sachverhalt enthalten. Eine weitere Akteneinsicht mit der Möglichkeit einer ergänzenden Stellungnahme habe am 04.11.2019 stattgefunden. Ein Verbot, Unterrichtung und Stellungnahme an einem Termin vorzunehmen, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

[12] Hiergegen hat der Antragsteller mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 06.11.2020 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Der Generalinspekteur der Bundeswehr hat den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 01.02.2021 dem Senat vorgelegt.

[13] Zur Begründung führt der Antragsteller ergänzend insbesondere aus:

Die Wehrdisziplinaranwaltschaft habe die unzureichende Unterrichtung in dem Vermerk zur Erörterung vom 04.11.2019 selbst eingeräumt. Hiernach sei die Ermittlungsakte auf dem Stand 15.05.2019 vorgelegt worden und zum Zeitpunkt der Anhörung am 14.10.2019 unvollständig gewesen. Eine sachgerechte Stellungnahme sei wegen der einseitigen Ermittlungen zu Lasten der Soldatin nicht möglich gewesen. Seine Nachfrage bei der Soldatin, ob diese eine Beteiligung wünsche, erfülle nicht die Voraussetzungen eines persönlichen Gesprächs. Die Verletzung der Beteiligungsrechte sei auch nicht durch Einsicht in die Ermittlungs- und Strafakten beim Erörterungstermin geheilt worden, da das gesamte Beteiligungsverfahren habe wiederholt werden müssen. Wegen der Schwere der Vorwürfe habe ihm zur Prüfung des Sachverhalts und Erarbeitung der Stellungnahme ein angemessener Zeitraum eingeräumt werden müssen. Die Erörterung sei nicht durch die Einleitungsbehörde, sondern durch die Wehrdisziplinaranwaltschaft erfolgt und mangels Delegation fehlerhaft.

[14] Der Generalinspekteur der Bundeswehr beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

[15] Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung sei unbegründet. Die Anhörung der Vertrauensperson habe den Anforderungen des § 28 Abs. 2 SGB i.V.m. § 21 SBG entsprochen. Eine umfassende Unterrichtung habe spätestens im Erörterungstermin mit Vorlage der vollständigen Ermittlungs- sowie Strafakten stattgefunden. Die Ausführungen zur Art der Ermittlungen betrafen eine mögliche Rechtsverletzung der Soldatin und nicht der Vertrauensperson. Auf eine persönliche Kontaktaufnahme vor der Stellungnahme habe der Antragsteller keinen Anspruch. Diese habe jedoch im vorliegenden Fall stattgefunden und hätte auch durch eine telefonische Kontaktaufnahme durch den Antragsteller umgesetzt werden können.

[16] Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. [...]

## II

[17] Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.

[18] 1. Der Antrag ist zulässig.

[19] a) Berufet sich der bei einer Dienststelle der Bundeswehr gebildete Personalrat auf eine Behinderung in seinen Beteiligungsrechten in Angelegenheiten, die nur die Soldaten betreffen, so ist gem. § 63 Abs. 1 Satz 1, § 17 SBG, § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO – abweichend von § 59

Satz 1 SBG, § 108 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG – der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten gegeben (stRspr, vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.10.2018 – 1 WB 25.17 – Buchholz 449.7 § 24 SBG Nr. 3 Rn. 25; sowie zu den entsprechenden Vorschriften der bis 01.09.2016 geltenden Fassung des SBG Beschl. v. 20.04.2016 – 1 WB 29.15 – juris Rn. 15 m.w.N.). Dasselbe gilt für Angelegenheiten nach der Wehrdisziplinar- oder Wehrbeschwerdeordnung i.S.v. § 63 Abs. 2 SBG, weil es sich dabei ebenfalls um Angelegenheiten handelt, die nur die Soldaten betreffen; hierzu fällt auch die hier strittige Beteiligung bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens gem. § 28 Abs. 2 SBG (vgl. zum früheren § 27 Abs. 2 SBG: BVerwG, Beschl. v. 31.01.2007 – 1 WB 16.06 – Buchholz 449.7 § 52 Nr. 3 Rn. 25). Das Bundesverwaltungsgericht ist sachlich zuständig, weil sich der Antrag gegen eine Entscheidung des Generalinspektors der Bundeswehr über eine weitere Beschwerde richtet (§ 22 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 1 WBO).

[20] b) Der Antragsteller ist antragsbefugt.

[21] aa) Zwar ist grundsätzlich (nur) der Personalrat als Gesamtgremium befugt, die Verletzung von Beteiligungsrechten im gerichtlichen Antragsverfahren geltend zu machen, weil die Gruppe der Soldaten auch dann kein eigenständiges Vertretungsorgan i.S.d. § 1 Abs. 1 SBG darstellt, wenn sie in ihrer Funktion als Vertrauensperson Aufgaben oder Befugnisse nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz wahrnimmt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.06.2014 – 1 WB 29.13 – Buchholz 449.7 § 20 SBG Nr. 5 Rn. 20 m.w.N. und v. 30.10.2018 – 1 WB 25.17 – Buchholz 449.7 § 24 SBG Nr. 3 Rn. 26). Anderes gilt jedoch in den Fällen des § 63 Abs. 2 SBG. Der Gesetzgeber ging hier von der Annahme aus, dass Disziplinar- und Beschwerdesachen einer besonderen Vertraulichkeit unterliegen und nicht im Plenum des Personalrats erörtert werden sollen, weshalb die Befugnisse der Vertrauensperson von einem einzelnen Soldatenvertreter (sog. »Quasi-Vertrauensperson«) wahrgenommen werden (vgl. Gronimus, Soldatenbeteiligungsrecht, 2021, § 63 Rn. 18 f.). Diese Zuweisung erstreckt sich auch auf die Antragsbefugnis im gerichtlichen Antragsverfahren (ebenso zum früheren § 52 Abs. 2 SBG: BVerwG, Beschl. v. 31.01.2007 – 1 WB 16.06 – Buchholz 449.7 § 52 Nr. 3 Rn. 25).

[22] bb) Der Antragsteller war auch die im vorliegenden Fall konkret zuständige und damit hier antragsbefugte »Quasi-Vertrauensperson«.

[23] Im Falle der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens ist die Vertrauensperson anzuhören, die zum Zeitpunkt der Einleitung des

Verfahrens zuständig ist. Dies gilt unabhängig davon, wer Vertrauensperson war, als das Dienstvergehen begangen wurde; zuständig ist grundsätzlich die Vertrauensperson, die von der Wählergruppe gewählt wurde, der der betroffene Soldat im maßgeblichen Zeitpunkt angehört (vgl. BVerwG, Urt. v. 04.09.2009 – 2 WD 17.08 – BVerwGE 134, 379 Rn. 24 und Beschl. v. 31.01.2012 – 2 WD 4.11 – Buchholz 449.7 § 27 SBG Nr. 9 Rn. 24).

[24] Maßgeblicher Zeitpunkt ist im vorliegenden Fall der 27.01.2020, also der Tag, an dem der betroffenen Soldatin die Einleitungsverfügung vom 13.01.2020 bekanntgegeben wurde. Zu diesem Zeitpunkt war die betroffene Soldatin bereits seit fast einem Jahr (seit 04.02.2019) [...] kommandiert gewesen; sie wurde im unmittelbaren Anschluss an die laufende Kommandierung ab dem 01.07.2020 [...] versetzt. Weil die Kommandierung damit länger als drei Monate gedauert hat und ihre Rückkehr binnen weiterer sechs Monate in die alte Dienststelle nicht geplant gewesen ist (§ 59 Satz 1 SBG i.V.m. § 13 Abs. 2 BPersVG), hat die Soldatin das Wahlrecht in ihrer alten Dienststelle verloren und die Wahlberechtigung für die neue Dienststelle erworben.

[25] Zuständig war damit der Antragsteller als derjenige Soldatenvertreter im Personalrat [...], der nach Maßgabe des § 63 Abs. 2 Satz 1 SBG die Befugnisse der Vertrauensperson der Unteroffiziere (der Laufbahngruppe der betroffenen Soldatin) wahrnahm.

[26] c) Der Antrag ist als Feststellungsantrag, gerichtet auf die Feststellung einer Verletzung der Beteiligungsrechte des Antragstellers gem. § 28 Abs. 2 und 3 SBG, zulässig.

[27] Der Antragsteller hat keinen konkreten Sachantrag gestellt. Sein erkennbares – einem Verpflichtungsbegehren entsprechendes – Ziel, das seiner Auffassung nach bisher nicht ordnungsgemäß durchgeführte Anhörungsverfahren wieder aufzugreifen oder zu wiederholen, kann nicht mehr erreicht werden, nachdem die Einleitungsbehörde mit Verfügung vom 13.01.2020 das gerichtliche Disziplinarverfahren wirksam eingeleitet hat. Denn auch ein Fehler im Anhörungsverfahren würde nicht zur Unwirksamkeit der Einleitungsverfügung führen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.03.2021 – 2 WDB 13.20 – Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 16 Rn. 17). Auch könnte eine Nachholung der Anhörung deren Zweck, der Einleitungsbehörde Hinweise zu geben, ob die Einleitung eines disziplinargerichtlichen Verfahrens gegen den betroffenen Soldaten opportun ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.06.1971 – 1 WDB 3.71 – BVerwGE 43, 250 <250 f.> und v. 08.01.1992 – 2 WDB 17.91 – BVerwGE 93, 222 <223>), nur bis zu

einer Entscheidung über die Einstellung nach § 98 WDO erfüllen. Stellt die Einleitungsbehörde das Verfahren nicht ein, so ist – wie hier geschehen – dem Truppendienstgericht eine Anschuldigungsschrift vorzulegen (§ 99 Abs. 1 Satz 1 WDO). Eine Einstellung nach Rechtshängigkeit ist durch die Einleitungsbehörde nicht mehr möglich; die Verfahrensherrschaft liegt dann beim Truppendienstgericht.

[28] Sachgerecht und statthaft ist deshalb der genannte Feststellungsantrag. Der Antragsteller hat an der begehrten Feststellung ein berechtigtes Interesse. Zweck des Beschwerdeverfahrens nach § 17 SBG ist gerade auch die Klärung von vertretungsrechtlichen Zuständigkeiten, Befugnissen und Pflichten (vgl. zu § 16 SBG a.F. BVerwG, Beschl. v. 24.05.2011 – 1 WB 60.10 – Buchholz 449.7 § 23 SBG Nr. 8 Rn. 26 m.w.N. und zu § 17 SBG BVerwG, Beschl. v. 30.10.2018 – 1 WB 25.17 – Buchholz 449.7 § 24 SBG Nr. 3 Rn. 28), wenn – wie hier – ein konkretes, bereits anhängiges Beteiligungsverfahren den Anlass setzt bzw. im Falle eines Fortsetzungsfeststellungsantrags gesetzt hat oder wenn ein allgemeiner Feststellungsantrag prozessökonomisch eine Vorabklärung von Streitfragen einer Vielzahl bereits im Verwaltungs- oder Beschwerdeverfahren befindlicher, konkreter gleichgelagerter Beteiligungsverfahren ermöglicht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.08.2019 – 1 WB 27.18 – Buchholz 449.7 § 21 SBG Nr. 1 Rn. 22). Die mögliche Feststellung eines Verfahrensmangels aufgrund fehlerhafter Anhörung könnte zudem den Vorsitzenden des Truppendienstgerichts dazu veranlassen, die Wehrdisziplinaranwaltschaft gem. § 99 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. WDO zur Beseitigung des Mangels aufzufordern (vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.01.1992 – 2 WDB 17.91 – BVerwGE 93, 222 <227> und Urt. v. 04.09.2009 – 2 WD 17.08 – BVerwGE 134, 379 <385>).

[29] 2. Der Antrag ist jedoch unbegründet.

[30] Bei der Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens gegen die Soldatin wurden keine Beteiligungsrechte des Antragstellers gem. § 63 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 2 und 3 SBG verletzt.

[31] a) Das Beteiligungsrecht des Antragstellers umfasste nicht die Einsicht in Unterlagen und Akten i.S.v. § 28 Abs. 3 Satz 2 SBG.

[32] Die Regelung der Beteiligung der Vertrauensperson bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens unterscheidet zwischen der Anhörung zu Person und Sachverhalt (§ 28 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 SBG) einerseits und der Einsicht in Unterlagen und Akten (§ 28 Abs. 3 Satz 2 SBG) andererseits. Erstere findet statt, sofern der betroffene Soldat sie nicht (negativ) ausdrücklich ablehnt, letztere hingegen

nur, wenn der betroffene Soldat hierin (positiv) einwilligt. Für die Einwilligung in die Einsicht in Unterlagen und Akten verweist die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8298, S. 44) auf die Beachtung der Bestimmungen des § 4a BDSG (i.d. damals geltenden F. d. Bek. v. 24.01.2003, BGBl. I S. 67). Danach bedarf die Einwilligung grundsätzlich der Schriftform; sie ist besonders hervorzuheben, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt werden soll (§ 4a Abs. 1 Satz 3 und 4 BDSG). Unabhängig davon, dass § 4a BDSG zum 24.05.2018 außer Kraft getreten ist und sein Regelungsinhalt in zum Teil modifizierter Form in andere Bestimmungen des Datenschutzrechts überführt wurde, ist für die Einwilligung i.S.v. § 28 Abs. 3 Satz 2 SBG jedenfalls eine eindeutige positive Erklärung des betroffenen Soldaten erforderlich.

[33] Im vorliegenden Fall hatte die Soldatin zunächst in ihrer Vernehmung vom 06.12.2018 erklärt, mit der Einsichtnahme in Unterlagen und Akten durch die Vertrauensperson nicht einverstanden zu sein. Eine eindeutige positive Einwilligung in die Einsicht in Unterlagen und Akten, insbesondere in die Ermittlungsakte, lässt sich jedoch weder dem Schweigen auf die Nachfrage noch einem späteren Schreiben des Verteidigers vom 20.08.2019, mit dem er »die ordnungsgemäße Beteiligung der Vertrauensperson« anmahnte, entnehmen. Soweit der Antragsteller daher rügt, ihm seien die Ermittlungsunterlagen unvollständig zugänglich gemacht worden, liegt eine Verletzung von Beteiligungsrechten schon deshalb nicht vor, weil der Antragsteller mangels (positiver) Einwilligung der betroffenen Soldatin keinen Anspruch auf Einsicht in diese Akten und Unterlagen hatte.

[34] b) Die Anhörung des Antragstellers zu Person und Sachverhalt (§ 28 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 SBG) wurde durch die zuständigen Stellen durchgeführt.

[35] Für die Beteiligung bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens enthält § 28 Abs. 2 SBG als Spezialvorschrift die Regelung, dass die Anhörung zu Person und Sachverhalt durch die Einleitungsbehörde (§ 93 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 94 WDO) [...] oder die von ihr bestimmte Stelle durchzuführen ist. Als »von ihr bestimmte Stelle« ist aufgrund ihrer Funktion als Vertreter der Einleitungsbehörden im gerichtlichen Disziplinarverfahren (§ 81 Abs. 2 WDO) allgemein die Wehrdisziplinaranwaltschaft anzusehen (so auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/8298, S. 44; ebenso Gronimus, Soldatenbeteiligungsrecht, 2021, § 28 Rn. 16 sowie Nr. 3042 Satz 2 ZDv A-1472/1). Da nach der

allgemeinen Regelung des § 63 Abs. 1 Satz 2 SBG der Disziplinarvorgesetzte in Angelegenheiten nach der Wehrbeschwerde- und der Wehrdisziplinarordnung der grundsätzliche Beteiligungspartner ist, begegnet es keinen Bedenken, wenn dieser auch im Rahmen des § 28 SBG durch die Einleitungsbehörde als für die Anhörung zuständige Stelle bestimmt wird (siehe auch Nr. 3042 Satz 2 ZDv A-1472/1). Dies entspricht im Übrigen auch der – allerdings noch zum SBG 1991 ergangenen – Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.08.1998 – 2 WDB 1.98 – BVerwGE 113, 259 <262> m.w.N.).

[36] Als allgemeine Vertreterin der Einleitungsbehörde im gerichtlichen Disziplinarverfahren hat die Wehrdisziplinaranwaltschaft [...] mit Schreiben vom 15.07.2019 den Disziplinarvorgesetzten der betroffenen Soldatin [...] ersucht, die Anhörung des Antragstellers durchzuführen. Die Anhörung selbst wurde sodann durch den Vertreter des [Disziplinarvorgesetzten] durchgeführt. Ob eine solche Subdelegation zulässig ist, kann offenbleiben. Denn die Erörterung der Stellungnahme erfolgte – dem Wunsch des Antragstellers entsprechend – direkt mit einer Vertreterin der Wehrdisziplinaranwaltschaft.

[37] c) Die Anhörung des Antragstellers zu Person und Sachverhalt wurde im Ergebnis ordnungsgemäß durchgeführt.

[38] aa) Die Anhörung der Vertrauensperson erstreckt sich auf die Person der Soldatin oder des Soldaten und auf den Sachverhalt (§ 28 Abs. 2 SBG). Der Sachverhalt ist der Vertrauensperson vor Beginn der Anhörung bekannt zu geben (§ 28 Abs. 3 Satz 1 SBG). Auch nach der allgemeinen Vorschrift über die Anhörung ist die Vertrauensperson rechtzeitig und umfassend zu unterrichten (§ 21 Satz 1 SBG); der Vertrauensperson ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und die Stellungnahme ggf. mit ihr zu erörtern (§ 21 Satz 2 und 3 SBG).

[39] Dieser durch das Gesetz gegliederte Ablauf des Beteiligungsverfahrens wurde vorliegend beachtet.

[40] Die Wehrdisziplinaranwaltschaft hat mit dem Schreiben vom 15.07.2019, mit dem sie den Disziplinarvorgesetzten der betroffenen Soldatin um Durchführung der Anhörung ersuchte, den Entwurf der Einleitungsverfügung und die Vorermittlungsakte übermittelt. Aus der Stellungnahme des Antragstellers, die diese Unterlagen verwertet, ist ersichtlich, dass sie ihm ausreichende Zeit vor der Anhörung vorlagen.

[41] Im Rahmen der Anhörung am 14.10.2019 hat der Antragsteller die erwähnte Stellungnahme als Anlage zur Niederschrift abgegeben. In

ihr äußert er sich ausführlich und substantiiert zu Person, Sachverhalt und disziplinarem Vorwurf.

[42] Am 04.11.2019 erfolgte schließlich die Erörterung der Stellungnahme mit einer Vertreterin der Wehrdisziplinaranwaltschaft. Dem Antragsteller wurde dabei zuvor nochmals Einsicht in die Verfahrensunterlagen (Vorermittlungsakte und die staatsanwaltschaftliche Akte) gewährt.

[43] bb) Ein Informationsdefizit lag nicht vor. Soweit der Antragsteller bemängelt, dass ihm im Beteiligungsverfahren Ermittlungsunterlagen nicht vollständig oder nicht auf neuestem Stand vorgelegen hätten, kann er damit schon deshalb nicht durchdringen, weil ihm ein diesbezügliches Einsichtsrecht mangels Einwilligung der betroffenen Soldatin nicht zustand (siehe II.2.a).

[44] cc) Auch soweit der Antragsteller beanstandet, dass er kein persönliches Gespräch mit der betroffenen Soldatin habe führen können, liegt eine Verletzung von Beteiligungsrechten nicht vor.

[45] (1) Weder § 21 SBG noch § 28 SBG schreiben ein persönliches Gespräch der Vertrauensperson mit dem betroffenen Soldaten als Bestandteil einer ordnungsgemäßen Anhörung vor (BVerwG, Urt. v. 19.11.2020 – 2 WD 19.19 – Buchholz 450.2 § 38 WDO Nr. 87 Rn. 20). Vielmehr beurteilt die Vertrauensperson in eigener sachlicher Unabhängigkeit, ob sie ein Gespräch mit dem Soldaten für zweckmäßig hält (BVerwG, a.a.O.), ebenso wie der betroffene Soldat nicht verpflichtet ist, ein solches Gespräch zu führen und dieses, ohne Gründe anzugeben, verweigern kann (BVerwG, Urt. v. 28.06.2012 – 2 WD 34.10 – juris Rn. 70).

[46] Auch wenn ein persönliches Gespräch mit dem Soldaten rechtlich nicht gefordert ist, kann dieses – soweit beide Seiten dazu bereit sind – ein besonders geeignetes Mittel sein, um eine informierte und sachgerechte Stellungnahme der Vertrauensperson zu ermöglichen. Denn die Anhörung soll unter anderem dazu beitragen, ein möglichst umfassendes Persönlichkeitsbild der bzw. des Betroffenen zu vermitteln sowie ihre bzw. seine bisherige Führung und Beweggründe richtig zu beurteilen (Nr. 3030 Satz 2 ZDv A-1472/1). Die Vorschrift für die Beteiligung bei der Verhängung einfacher Disziplinarmaßnahmen, wonach die Disziplinarvorgesetzten Sorge dafür zu tragen haben, dass die Vertrauensperson Gelegenheit erhält, sich mit dem Sachverhalt und der betroffenen Person im persönlichen Gespräch vertraut zu machen (Nr. 3035 Satz 2 ZDv A-1472/1), kann deshalb durchaus auch als Leitlinie bei der Anhörung im Rahmen von § 28 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1

SBG dienen (vgl. BVerwG, v. 28.06.2012 – 2 WD 34.10 – juris Rn. 51, 67).

[47] Zu berücksichtigen ist andererseits, dass auch die Beteiligung der Vertrauensperson in Disziplinarangelegenheiten dem für das gesamte Disziplinarverfahren geltenden Beschleunigungsgebot (§ 17 Abs. 1 WDO) unterliegt. Die Einleitungsbehörde und die von ihr bestimmten Stellen haben keine Möglichkeit, ein letztlich auf freiwilliger Basis stattfindendes persönliches Gespräch zu erzwingen oder zu forcieren. Auch wenn gewisse Verzögerungen hinzunehmen sind, muss es der Einleitungsbehörde und den von ihr bestimmten Stellen deshalb möglich sein, ähnlich wie bei der Anhörung des Soldaten gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 WDO (dazu BVerwG, Urt. v. 19.11.2020 – 2 WD 19.19 – Buchholz 450.2 § 38 WDO Nr. 87 Rn. 16), eine angemessene Frist zu setzen, binnen derer die Anhörung der Vertrauensperson abzuschließen ist.

[48] (2) Nach diesen Maßstäben ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass vorliegend das Beteiligungsverfahren abgeschlossen wurde, ohne dass es zu einem persönlichen Gespräch zwischen dem Antragsteller und der betroffenen Soldatin gekommen ist.

[49] Die Einleitung des hier gegenständlichen Disziplinarverfahrens war von Beginn an von erheblichen Verzögerungen geprägt, zunächst auch bedingt durch die Kommandierung und Versetzung der betroffenen Soldatin an eine andere Dienststelle. Mit Schreiben vom 15.07.2019 ersuchte die Wehrdisziplinaranwaltschaft den neu zuständigen Disziplinarvorgesetzten der Soldatin um Durchführung der Anhörung. In der Folge erhoben sowohl der Disziplinarvorgesetzte als auch der Antragsteller Einwände gegen die Anhörung. Der Verteidiger der betroffenen Soldatin wünschte die Anhörung der »originären« Vertrauensperson, also nicht des Vertreters des Antragstellers; der Antragsteller wiederum befand sich vom 14.08.2019 bis 20.09.2019 in einer Auslandsverwendung und daran anschließend in mehreren kürzeren Zeiträumen im Erholungsurlaub. Die betroffene Soldatin selbst war vom 17.09.2019 bis 14.10.2019 krankgeschrieben, wobei der Disziplinarvorgesetzte in einer Mitteilung vom 08.10.2019 davon ausging, dass aller Voraussicht nach eine weitere anschließende Krankschreibung erfolgen werde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Wehrdisziplinaranwaltschaft den Disziplinarvorgesetzten mit E-Mail vom 08.10.2019 nunmehr aufforderte, die Anhörung bis zum 14.10.2019, also drei Monate nach dem erstmaligen Ersuchen, durchzuführen.

[50] Soweit der Antragsteller darauf verweist, dass er – abgesehen von einem kurzen Zusammentreffen zu einem früheren Zeitpunkt – bis zum

14.10.2019 noch kein persönliches Gespräch mit der betroffenen Soldatin habe führen können, ist ihm entgegenzuhalten, dass ein Anspruch auf ein solches Gespräch nach dem Gesagten nicht besteht und dass das Stattfinden eines Gesprächs unter dem Vorbehalt des im Rahmen des Beschleunigungsgrundsatzes Möglichen steht. Die Wehrdisziplinaranwaltschaft musste nicht auf die Genesung der Soldatin warten, um der Vertrauensperson ein gesetzlich nicht vorgeschriebenes Gespräch – eine überhaupt bestehende Gesprächsbereitschaft der Soldatin unterstellt – zu ermöglichen. Denn einerseits war nicht absehbar, wann die Soldatin in den Dienst zurückkehren würde. Andererseits bestand ein besonderes öffentliches Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens, weil beabsichtigt war, die Soldatin mit dem Erlass der Einleitungsverfügung unter Kürzung der Bezüge vorläufig des Dienstes zu entheben.

[51] An eine Pflicht der Wehrdisziplinaranwaltschaft, die Frist zu verlängern, wäre deshalb allenfalls dann zu denken gewesen, wenn der Antragsteller (zum damaligen Zeitpunkt) plausibel aufgezeigt hätte, dass das Zustandekommen eines Gesprächs in absehbarer Zeit konkret zu erwarten war. Das war indes weder nach dem Vortrag des Antragstellers noch nach den Akten ersichtlichen Umständen der Fall. Offenkundig ist es auch in der Folgezeit zu keinem persönlichen Gespräch des Antragstellers mit der betroffenen Soldatin mehr gekommen, dessen Ergebnisse er in die Erörterung am 04.11.2019 hätte einbringen können.

#### Darlegung von Zulassungsgründen

WBO §§ 22a, 22b; WStG § 38; StGB § 203; SG § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; Zentrale Dienstvorschrift A-800/3 »Ärztliche Schweigepflicht« Nr. 204; Zentrale Dienstvorschrift A-840/8 »Impf- und weitere ausgewählte Prophylaxemaßnahmen« Nr. 209, 401 und 801

#### Leitätze:

**1. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des Rechtsbeschwerderechts kann eine Rechtsfrage nur haben, wenn sie ihrer Eigenart nach abstrakt und klärungsbedürftig, sowie wenn ihre Klärung im gegenständlichen Verfahren, und davon ausgehend eine Rechtsfortbildung zu erwarten ist.**

**2. Die Divergenzrüge kann nicht auf die pauschale Behauptung einer vermeintlich fehlerhaften Anwendung der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung formulierten Rechtssätze gestützt werden.**

**3. Unsubstantiierte Kritik an einer angeblich unzureichenden Sachverhaltsaufklärung erfüllt nicht die für die Erhebung der Verfahrensrüge bestehenden Darlegungsanforderungen.**

**4. Gegenstand des BVerwG-Beschl. v.07.07.2022 – 1 WB 2.22 (vgl. Maaß, NZWehrr 2023, 151) war die Rechtmäßigkeit der Erlasslage, nicht die Befehlsgebung im Einzelfall.**

BVerwG, Beschl. v. 09.10.2023 – 1 WNB 8.23  
(ECLI:DE:BVerwG:2023:091023B1WNB8.23.0)

#### Gründe:

[1] Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet, weil die geltend gemachten Zulassungsgründe nicht prozessordnungsgemäß dargelegt sind bzw. nicht vorliegen.

[2] 1. Die von der Beschwerde geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 22a Abs. 2 Nr. 1 WBO kommt der Sache nicht zu.

[3] a) Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache erfordert die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Rechtsbeschwerde entscheidungserheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn sie eine bestimmte Rechtsfrage des revisiblen Rechts aufwirft, die der – ggf. erneuten oder weitergehenden – höchstrichterlichen Klärung bedarf, sofern mit dieser Klärung im angestrebten Rechtsbeschwerdeverfahren zu rechnen ist und hiervon eine Fortentwicklung der Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus zu erwarten steht. Eine Rechtsfrage ist dann nicht klärungsbedürftig, wenn sie sich auch ohne Durchführung eines Rechtsbeschwerdeverfahrens auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts mithilfe der üblichen Regeln sachgerechter Interpretation und auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und der vorliegenden Literatur ohne Weiteres beantworten lässt. Nicht im Rechtsbeschwerdeverfahren klärungsfähig sind Rechtsfragen, die sich nicht in verallgemeinerungsfähiger Form beantworten lassen, weil es maßgeblich auf konkrete Umstände des Einzelfalles ankommt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.02.2023 – 1 WNB 6.22 – juris Rn. 3 m.w.N.).

[4] b) Die vom Antragsteller aufgeworfenen Rechtsfragen,

»ob die Erteilung eines Befehls, der ungeachtet jeglicher ggf. bestehender persönlicher Kontraindikationen, ohne Anamnese vor der unmittelbaren Injektion und ausschließlich und nur die Injektion (eines Arzneimittels)

verlangt, eine strafbare Befehlsbefugnisüberschreitung nach § 38 WStG darstellt und/oder rechtswidrig ist«,

und

»ob ein Vorgesetzter sich wegen Anmaßen von Befehlsbefugnissen nach § 38 WStG strafbar macht, wenn er entgegen den Dienstvorschriften (vgl. § 10 Abs. 4 SG) von Soldaten die Offenbarung seines Impfstatus verlangt ... und/oder dadurch einen rechtswidrigen Befehl erteilt«,

rechtfertigen keine Zulassung der Rechtsbeschwerde.

[5] aa) Die erste Rechtsfrage verlangt die Zulassung der Rechtsbeschwerde deshalb nicht, weil diese Frage in diesem Verfahren nicht entscheidungserheblich ist und sie sich in einem Rechtsbeschwerdeverfahren auch nicht stellen würde.

[6] Das Truppendienstgericht hatte in der angefochtenen Entscheidung darüber zu befinden, ob der an den Antragsteller gerichtete Befehl des Leiters ..., sich eigenverantwortlich um die Erstimmunisierung gegen das SARS-CoV-2-Virus zu kümmern, rechtswidrig gewesen ist. Diesem Befehl lässt sich nicht entnehmen, dass die Erstimmunisierung unabhängig von einer individuellen medizinischen Kontraindikation und ohne eine vorherige Anamnese zur Feststellung einer entsprechenden Indikation erfolgen soll. Damit fehlt es schon an einer tatsächlichen Grundlage für die Annahme des Antragstellers, mit dem Befehl mache sich der Befehlsgeber nach § 38 WStG strafbar. Die Feststellungen der Vorinstanz zum Inhalt des Befehls sind nicht mit durchgreifenden Rügen angegriffen worden.

[7] Soweit der Antragsteller auf die Ausführungen des Senats unter Rn. 31 des Beschl. v. 07.07.2022 – 1 WB 2.22 – (BVerwGE 176, 138; vgl. Maaß, NZWehrr 2023, 151) verweist, führt dies nicht weiter. Der Senat hat dort klargestellt, dass Gegenstand des dort zu entscheidenden Verfahrens nur der allgemeine Verwaltungserlass zur Aufnahme der COVID-19-Schutzimpfung in die Liste der verpflichtenden Basisimpfungen sei und der zu verwendende Impfstoff in dem Erlass nicht definitiv festgelegt werde; dies geschehe erst dann, wenn der jeweilige Soldat keinen gültigen Impfnachweis vorgelegt, der Truppenarzt dessen medizinische Impftauglichkeit festgestellt und den infrage kommenden Impfstoff bestimmt habe; dann befehle der Disziplinarvorgesetzte einzelfallbezogen gegenüber dem betroffenen Soldaten die Duldung einer bestimmten Impfung mit einem konkreten Impfstoff. Zu den konkreten Voraussetzungen eines Befehls zur Durchsetzung

der besagten Duldungspflicht hat sich der Senat dagegen – anders als der Antragsteller meint – nicht geäußert und insoweit auch keine Vorgaben gemacht, deren Missachtung zur Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Befehls führen könnte.

[8] bb) Die zweite Rechtsfrage würde sich in einem Rechtsbeschwerdeverfahren so nicht stellen und könnte damit auch einer grundsätzlichen Klärung nicht zugeführt werden, weil sich aus den mit der Rechtsbeschwerde bezeichneten Dienstvorschriften nicht ergibt, dass einem Soldaten nicht befohlen werden darf, einen Impfnachweis nach erfolgter Impfung vorzulegen. Der Verweis auf Nr. 204 Satz 3 der Zentralen Dienstvorschrift A-800/3 »Ärztliche Schweigepflicht« verfährt schon deshalb nicht, weil sich diese Regelung nur auf die Offenlegung von Gesundheitsstörungen im Zusammenhang mit ärztlichen Empfehlungen zu Einschränkungen bei dienstlichen Tätigkeiten oder der Möglichkeit zur Verwendung auf einem bestimmten Dienstposten bezieht; zur Offenbarung des Impfstatus äußert sich die Regelung hingegen nicht. Entsprechende Bezüge lassen sich auch nicht in Nr. 209, 401 und 801 der Zentralen Dienstvorschrift A-840/8 »Impf- und weitere ausgewählte Prophylaxemaßnahmen« finden. Auch aus dem strafrechtlichen Verbot der Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 StGB folgt nichts für die Frage, ob ein Soldat dienstlich im Zusammenhang mit seiner Duldungspflicht aus § 17a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SG zur Offenlegung seines Impfstatus verpflichtet werden kann.

[9] Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde aus Nr. 210 und Abschnitt 4.2 ZDv A-840/8 sowie der AR A-1-840/8-4000 meint ableiten zu können, dass der Antragsteller nicht als aktiver Soldat automatisch auch ohne die Aufnahme in eine Stellenbesetzungsliste für eine Einsatzoption unter die Duldungspflicht fällt, ist bereits geklärt, dass diese Rechtsauffassung unzutreffend ist, weil nach der Regelungstechnik der fraglichen Erlasse alle aktiven Soldatinnen und Soldaten zum »Hilfs- und Katastrophenschutz Inland« zählen, sodass sie für das dafür vorgesehene Impfschema duldungspflichtig sind (BVerwG, Beschl. v. 07.07.2022 – 1 WB 2.22 – BVerwGE 176, 138 Rn. 26). Die Bestimmungen in Nr. 209 und 801 ZDv A-840/8 geben bereits nach ihrem eindeutigen Wortlaut nichts für die Rechtsauffassung des Antragstellers her.

[10] 2. Soweit der Antragsteller seine Ausführungen zu den Abweichungen der angefochtenen Entscheidung von dem Beschl. v. 07.08.2022 – 1 WB 2.22 – (BVerwGE 176, 138) der Sache nach als Divergenzrüge (§ 22a Abs. 2 Nr. 2 WBO) verstanden wissen möchte, dringt er damit schon

deshalb nicht durch, weil diese Rüge nicht prozessordnungsgemäß dargelegt ist.

[11] Nach der Rechtsprechung des Senats setzt die gem. § 22b Abs. 2 Satz 2 WBO erforderliche Bezeichnung des Zulassungsgrunds der Divergenz voraus, dass die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, den angefochtenen Beschluss tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in einer genau bezeichneten Entscheidung eines Wehrdienstgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten ebensolchen Rechtssatz, der sich auf dieselbe Rechtsvorschrift bezieht, widersprochen hat (BVerwG, Beschl. v. 09.05.2017 – 1 WNB 3.16 – juris Rn. 13 m.w.N.). Der Hinweis auf eine vermeintlich fehlerhafte Anwendung der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung formulierten Rechtssätze genügt den Darlegungsanforderungen dagegen nicht (BVerwG, Beschl. v. 12.04.2018 – 2 WNB 3.18 – juris Rn. 4).

[12] Nach diesen Maßstäben lässt sich nicht erkennen, inwiefern das Truppendienstgericht einen von dem Beschl. v. 07.07.2022 abweichenden Rechtssatz aufgestellt haben sollte. Entsprechende Rechtssätze benennt die Nichtzulassungsbeschwerde weder ausdrücklich noch der Sache nach. Die Darlegungen des Antragstellers beschränken sich darauf, eine vermeintlich fehlerhafte Anwendung der in der besagten Senatsentscheidung aufgestellten Rechtssätze zu beanstanden.

[13] 3. Verfahrensmängel i.S.v. § 22a Abs. 2 Nr. 3 WBO sind gleichfalls nicht ausreichend dargelegt. Bei der Geltendmachung einer Verfahrensrüge ist nach § 22b Abs. 2 Satz 2 WBO die verletzte Verfahrensvorschrift zu bezeichnen. Ferner ist neben den Tatsachen, aus denen sich der Mangel ergeben soll, insbesondere darzulegen, inwiefern die Entscheidung auf der Verletzung beruhen kann. Diesen Erfordernissen genügt das Vorbringen des Antragstellers offensichtlich nicht. Das gilt auch mit Blick auf seine Kritik an einer angeblich unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch das Truppendienstgericht (vgl. zu den an eine Aufklärungsrüge zu stellenden und hier nicht ansatzweise erfüllten detaillierten Darlegungsanforderungen BVerwG, Beschl. v. 21.02.2023 – 1 WNB 6.22 – juris Rn. 11 m.w.N.).

[14] 4. Im Übrigen beschränkt sich die Nichtzulassungsbeschwerde darauf, nach Art einer Berufung inhaltliche Einwände gegen die Richtigkeit der truppendienstgerichtlichen Entscheidung geltend zu machen. Auch dies vermag den Darlegungsanforderungen offensichtlich nicht zu entsprechen, weil die Rüge einer fehlerhaften

Rechtsanwendung keinen der Zulassungsgründe erfüllen kann (BVerwG, Beschl. v. 11.10.2016 – 1 WNB 2.16 – juris Rn. 9).

[15] 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 154 Abs. 2 VwGO.

### Erfolgsloser Antrag auf Tatbestandsberichtigung

WBO § 23a Abs. 2 Satz 1; VwGO § 119 Abs. 1 und 2

**Für einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestands eines nicht anfechtbaren Beschlusses der Wehrdienstsenate fehlt regelmäßig das Rechtsschutzinteresse.**

BVerwG, Beschl. v. 23.05.2023 – 1 WB 5.22  
(ECLI:DE:BVerwG:2023:230523B1WB5.22.0)

#### Gründe:

[1] Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung, über den der Senat nach § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 119 Abs. 2 Satz 3, § 122 Abs. 1 VwGO durch die an der Abfassung des angegriffenen Beschlusses vom 07.07.2022 beteiligten Richter entscheidet (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.06.1986 – 2 CB 5.85 – Buchholz 310 § 119 VwGO Nr. 3), ist unzulässig.

[2] 1. Der Antrag ist zwar grundsätzlich statthaft und innerhalb der Frist des § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 119 Abs. 1 VwGO von zwei Wochen nach Zustellung des angegriffenen Beschlusses eingegangen. Nach der Begründung des Antrages vom 12.12.2022 bezieht sich der Berichtigungsantrag nur auf den Beschluss vom 07.07.2022 im Hauptsacheverfahren 1 WB 5.22, trotz der zusätzlichen Angabe des entsprechenden Aktenzeichens aber nicht auf den Einstellungsbeschluss im Eilverfahren 1 W-VR 3.22 vom 12.07.2022.

[3] 2. Für einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes eines nicht anfechtbaren Beschlusses der Wehrdienstsenate fehlt hier jedoch das Rechtsschutzinteresse, weil der Zweck eines solchen Antrages nicht erreicht werden kann. Soweit der Senat in der Vergangenheit derartige Anträge gegen seine unanfechtbaren Beschlüsse ohne Einschränkungen als zulässig behandelt hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.11.1972 – 1 WB 99.72 –, 12.09.1974 – 1 WB 47.73, 1 WB 75.73 –, 24.03.1981 – 1 WB 161.77, 1 WB 166.77 – u. v. 12.02.1982 – 1 WB 118.81 –), hält er hieran nicht fest.

[4] Denn der Tatbestandsberichtigungsantrag ist vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die urkundliche Beweiskraft, die dem Tatbestand nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 314 ZPO

zukommt, zugelassen worden. Er soll verhindern, dass infolge dieser Beweiskraft ein unrichtig beurkundeter Prozessstoff Grundlage für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wird. Deshalb unterliegt der Tatbestand eines nicht anfechtbaren Urteils grundsätzlich nicht der Tatbestandsberichtigung gem. § 119 Abs. 1 VwGO; anderes gilt nur, soweit ein solches Urteil urkundliche Beweiskraft entfaltet, so etwa bei der Wiedergabe der Anträge oder von Prozessklärungen (BVerwG, Beschl. v. 27.01.2022 – 9 A 10.20 – juris Rn. 2). Insbesondere bedarf es eines Tatbestandsberichtigungsantrages nicht zur Substantiierung einer Gehörsverletzung, die mit einer Anhörungsrüge oder einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden soll (BVerwG, a.a.O., Rn. 3).

[5] Hier rügt der Antragsteller eine unvollständige Dokumentation seines Vorbringens in der Begründung des von ihm mit einer Anhörungsrüge angegriffenen Beschl. v. 07.07.2022. Er beanstandet die unterbliebene Wiedergabe von im Einzelnen bezeichneten Elementen seines Vortrages. Insbesondere verweist er auf seine Vorlage von Abrechnungsdaten der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der InEK-Daten, auf verschiedene von ihm vorgelegte bzw. in Bezug genommene Studien, einzelne Sätze seiner Ausführungen zur Verletzung seiner Grundrechte, seine Einwendungen gegen einzelne Studien, seine Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Vertreter des Sanitätsdienstes der Bundeswehr, sein Vorbringen zu den Risiken eines Impfstoffes und seinen Vortrag zum Fehlen verschiedener Prüfungen im Impfstoffzulassungsverfahren.

[6] Damit trägt er nicht vor, dass Anträge oder Prozessklärungen nicht in den Tatbestand aufgenommen worden seien, so dass hier keiner der oben angeführten Ausnahmefälle vorliegt. Vielmehr wird allein die Auslassung von dem Antragsteller selbst wesentlich erscheinenden Teilen seines Sach- und Rechtsvortrages gerügt.

[7] 3. Die gegen die Tatbestandsangaben im Beschl. v. 07.07.2022 erhobenen Rügen wären zudem unbegründet. Denn der Antragsteller verkennt, dass nach § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 117 Abs. 3 Satz 1 VwGO der Sach- und Streitstand nur seinem wesentlichen Inhalt nach gedrängt darzustellen ist. Der angegriffene Beschluss fasst den sehr umfangreichen Vortrag des Antragstellers zusammen und referiert ihn in groben Umrissen, macht aber deutlich, dass der Antragsteller die Verletzung zahlreicher Vorschriften des Europa- und Völkerrechts, des deutschen Verfassungs- und einfachen Gesetzesrechts rügt und sowohl das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Duldungspflicht als auch die pflichtgemäße Ausübung von Ermessen angreift. Wegen der

Einzelheiten wird im angegriffenen Beschluss ausdrücklich auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Damit sind die von ihm zum Nachweis seines tatsächlichen Vortrages vorgelegten Studien und Ausdrücke von diversen Internetseiten ebenso erfasst wie der detaillierte Gang seiner rechtlichen Argumentation. Es liegt keine Auslassung wesentlicher Punkte vor, soweit die Wiedergabe von Einzelheiten des Sach- und Streitstandes – wie hier – durch eine Bezugnahme nach § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 117 Abs. 3 Satz 2 VwGO ersetzt wird (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 16.03.2015 – 16 A 1494/14 – juris Rn. 2; OVG Bautzen, Beschl. v. 20.07.2015 – 1 A 238/13 – juris Rn. 3).

Anmerkung der Schriftleitung:  
Zum Beschl. v. 07.07.2022 – 1 WB 2.22 – vgl. den Bericht von Maaß, NZWehrr 2023, 151.

#### Keine Rechtsbeschwerde in Kostensachen

VwGO §§ 152a, 154 Abs. 2, § 158 Abs. 1; GKG § 21; WBO §§ 7, 16a Abs. 3 und 5, § 20 Abs. 4, § 22a Abs. 3, § 23a Abs. 2 und 3 WDO §§ 42, 140 Abs. 8 Nr. 2, § 141 Abs. 5

**Leitsatz:**  
**Auch eine zugelassene Rechtsbeschwerde ändert nichts daran, dass sie in Kostensachen nach § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 158 Abs. 1 VwGO unstatthaft ist.**

BVerwG, Beschl. v. 28.09.2023 – 2 WRB 2.23  
(Vorinstanz: Truppendienstgericht Nord)  
(ECLI:DE:BVerwG:2023:280923B2WRB2.23.0)

#### Gründe:

##### I

[1] Die Rechtsbeschwerde betrifft eine Kostenentscheidung.

[2] Der Soldat beschwerte sich gegen die Feststellung eines Dienstvergehens in einer Absehensverfügung. Nachdem seine Beschwerde mit Entscheidung vom 06.07.2022 zurückgewiesen worden war, erhob er durch seinen Verfahrensbvollmächtigten weitere Beschwerde. Das Truppendienstgericht Nord gab der weiteren Beschwerde mit Beschl. v. 25.01.2023 statt und hob die Absehensverfügung sowie den Beschwerdebescheid antragsgemäß auf. Ferner stellte es fest, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nicht erforderlich war. Die notwendigen Auslagen des

Soldaten wurden dem Bund auferlegt mit Ausnahme derjenigen, die durch die Beauftragung des Bevollmächtigten entstanden waren. In der Begründung wird ausgeführt, nach § 42 WDO i.V.m. § 20 Abs. 1 Satz 1, § 16a Abs. 3 WBO habe der Bund nur die notwendigen Aufwendungen des Beschwerdeführers zu tragen. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten sei nicht erforderlich gewesen. Das Beschwerdeverfahren habe keine schwierigen Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen. Der Soldat hätte sich aufgrund der erkennbar unzureichenden Tenorierung und der dünnen Beweislage selbst verteidigen können. Auch sein Bevollmächtigter habe nur einen Satz zur Sache geschrieben. Da der Soldat im Beschwerdebescheid ordnungsgemäß belehrt worden sei, wäre es ihm leicht möglich gewesen, die weitere Beschwerde selbst einzulegen. Das Truppendienstgericht ließ die Rechtsbeschwerde nicht zu und stellte den Beschluss mit einer Rechtsbehelfsbelehrung über die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde am 09.02.2023 zu.

[3] Der Bevollmächtigte des Soldaten beantragte am 08.03.2023 erstens eine Klar- und Richtigstellung des Kostentenors, da nach § 20 Abs. 4 WBO i.V.m. § 140 Abs. 8 Nr. 2 WDO die Kosten eines Rechtsanwalts im gerichtlichen Verfahren stets zu erstatten seien. Zweitens erhob er eine Anhörungsrüge und drittens beantragte er, die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss zuzulassen. Es liege ein Verfahrensmangel in Form einer unzulässigen Überraschungsentscheidung vor. Da im gerichtlichen Verfahren die Anwaltskosten stets zu erstatten seien, habe der Soldat mit dieser Kostenentscheidung nicht rechnen müssen. Dadurch sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Das Truppendienstgericht hat mit Beschluss vom 26.04.2023 den Anhörungsmangel eingeräumt und die Rechtsbeschwerde zugelassen. [...] In der [...] Begründung der Rechtsbeschwerde wiederholt er im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen.

[4] Der Beschwerdeführer beantragt,

I. den Beschluss des Truppendienstgerichts Nord vom 25.01.2023 abzuändern und den Tenor wie folgt neu zu fassen:

1. Der weiteren Beschwerde wird stattgegeben.
2. Die Verfügung ... vom 24.05.2022 hinsichtlich der Feststellung eines Dienstvergehens sowie der Beschwerdebescheid ... vom 06.07.2022 werden aufgehoben.
3. Die dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Truppendienstgericht einschließlich der im Vorverfahren entstandenen notwendigen Aufwendungen werden dem Bund auferlegt.

II. Die dem Beschwerdeführer im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht entstandenen notwendigen Aufwendungen dem Bund aufzuerlegen.

[5] Die BWDA'in hat sich den Ausführungen des Bevollmächtigten angeschlossen. Die Kostenentscheidung des Truppendienstgerichts sei fehlerhaft. Die von ihm angewandte Regelung des § 16a WBO beziehe sich nur auf Kostenentscheidungen im vorgerichtlichen Verfahren.

[6] Das BVerwG hat die Beteiligten mit Schreiben vom 18.09.2023 auf den Rechtsmittelausschluss nach § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 158 Abs. 1 VwGO hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Verfahrensakten des Truppendienstgerichts Nord haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

[7] Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig.

[8] 1. Gem. § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 158 Abs. 1 VwGO können Kostenentscheidungen nur zusammen mit dem Rechtsmittel in der Hauptsache angefochten werden. Die Vorschrift des § 158 Abs. 1 VwGO bezweckt, die oberen Gerichte von Rechtsmitteln zu entlasten, die nur wegen der Kosten eingelegt werden. Darum greift sie auch ein, wenn ein Verfahrensbeteiligter in der Hauptsache nicht belastet ist, aber formal die Hauptsacheentscheidung einbezieht, um eine Korrektur der Kostenentscheidung zu erreichen (BVerwG, Beschl. v. 14.06.1999 – 4 B 18.99 – Buchholz 310 § 158 VwGO Nr. 9 S. 2 u. v. 19.11.2002 – 7 B 104.02 – juris Rn. 3). So liegt der Fall hier. Denn der Soldat wendet sich in der Sache nur noch gegen die Kostenentscheidung. Soweit er auch in der Hauptsache eine Änderung des Tenors beantragt, ist er dadurch nicht mehr beschwert.

[9] § 158 VwGO gilt nach seinem Entlastungszweck für sämtliche Kostenentscheidungen (Wöckel, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 158 Rn. 2). Der Rechtsmittelausschluss greift daher grundsätzlich auch dann, wenn es um die Erstattung der Aufwendungen für einen Bevollmächtigten geht. Zwar anerkennt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mehrheitlich eine Ausnahme für den Fall, dass ein Gericht nach § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren entscheidet. Weil diese Feststellung nicht zur Kostengrundentscheidung gehört, ist sie als Festlegung im Kostenfestsetzungsverfahren nach überwiegender Meinung mit der Beschwerde gem. § 146 VwGO anfechtbar (vgl. BVerwG, Urt. v.

28.04.1967 – 7 C 128.66 – BVerwGE 27, 39 <41>; OVG Greifswald, Beschl. v. 30.04.2002 – 2 O 42.00 – NVwZ 2002, 1129 <1129> m.w.N.). Dieses Rechtsmittel gibt es jedoch in der Wehrbeschwerdeordnung nicht. Gem. § 16a Abs. 5 Satz 3 WBO entscheidet der Vorsitzende des Truppendienstgerichts über die Kostenfestsetzung »endgültig«.

[10] Die Unzulässigkeit einer isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung ergibt sich in Wehrbeschwerdesachen auch aus § 20 Abs. 4 WBO, der nur die entsprechende Anwendung von § 141 Abs. 1 und 2 WDO, nicht jedoch von § 141 Abs. 5 WDO (Kostenbeschwerde) anordnet (BVerwG, Beschl. v. 26.02.2018 – 1 WNB 5.17 – Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 99 Rn. 14 u. v. 16.05.2018 – 1 WNB 4.17 – juris Rn. 25). Darum ist in Kostenfragen auch keine Rechtsbeschwerde vorgesehen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.02.1996 – 6 B 65.95 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 362 S. 130 f. u. v. 29.07.2009 – 5 B 46.09 – juris Rn. 5).

[11] 2. Die Rechtsbeschwerde ist im vorliegenden Fall auch nicht deswegen ausnahmsweise eröffnet, weil das Truppendienstgericht sie durch Beschluss vom 26.04.2023 zugelassen hat. Denn die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist – wie die Zulassung der Revision – nur eine von mehreren Zulässigkeitsvoraussetzungen. Darum beseitigt eine Zulassungsentscheidung aufgrund ihrer Bindungswirkung nach § 22a Abs. 3 WBO nur das gesetzliche Zulassungserfordernis. Sie präjudiziert nicht die anderen Zulassungsvoraussetzungen und überwindet keinen gesetzlichen Rechtsmittelausschluss (vgl. BGH, Beschl. v. 12.09.2002 – III ZB 43/02 – NJW 2002, 3554 <3554>; BVerwG, Beschl. v. 28.03.2006 – 6 C 13.05 – Buchholz 442.041 PostG Nr. 8 Rn. 12; Kraft, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 132 Rn. 9 und 63).

[12] 3. Die Rechtsbeschwerde ist auch nicht nach dem prozessualen Grundsatz der Meistbegünstigung ausnahmsweise statthaft. Das Meistbegünstigungsprinzip stellt eine Ausprägung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz und des Vertrauensschutzes dar. Es greift zunächst in den Fällen inkorrektur Entscheidungen ein. Hat ein Gericht eine der Form nach unrichtige Entscheidung gewählt, steht der Partei dasjenige Rechtsmittel zur Wahl, welches nach der Art der ergangenen Entscheidung statthaft ist, und außerdem das Rechtsmittel, das bei einer in der richtigen Form getroffenen Entscheidung gegeben wäre (BVerwG, Beschl. v. 09.12.2022 – 2 WNB 1.22 – Buchholz 450.2 § 20 WDO 2002 Nr. 7 Rn. 8 m.w.N.). Über die Fälle inkorrektur Entscheidungen hinaus kommt es immer dann zur Anwendung, wenn für den Rechtsmittelführer eine Unsicherheit, das einzulegende Rechtsmittel betreffend, besteht, sofern diese auf einem Fehler oder einer

Unklarheit der anzufechtenden Entscheidung oder auf einem unzutreffenden Hinweis des Gerichts beruht (BGH, Beschl. v. 16.10.2002 – VIII ZB 27/02 – BGHZ 152, 213 <216> u. Urt. v. 05.11.2003 – VIII ZR 10/03 – NJW 2004, 1598 <1599>). Dies setzt jedoch voraus, dass die Prozesspartei auf Anregung des Gerichts den falschen anstelle des statthaften Rechtsbehelfs ergreift. Legt sie neben dem falschen zugleich den richtigen Rechtsbehelf ein, ist die zusätzliche Eröffnung des von der Rechtsordnung nicht vorgesehenen Rechtsbehelfs nach dem Sinn des Meistbegünstigungsprinzips nicht geboten (BGH, Urt. v. 13.12.2004 – II ZR 249/03 – BGHZ 161, 343 <347 f.>).

[13] So liegen die Dinge hier. Der Bevollmächtigte des Soldaten hat mit Schreiben vom 08.03.2023 gleichzeitig Nichtzulassungsbeschwerde und Anhörungsrüge erhoben. Er wurde zwar dann durch die unrichtige Zulassung der Rechtsbeschwerde im Beschluss des Truppendienstgerichts vom 26.04.2023 zu der unzutreffenden Annahme verleitet, dass die Rechtsbeschwerde in Kostensachen statthaft sein könnte. Er hat aber dadurch den nach dem Gesetz für den Fall der unanfechtbaren Kostenentscheidung vorgesehenen Rechtsbehelf der Anhörungsrüge gem. § 23a Abs. 3 WBO i.V.m. § 152a VwGO nicht verloren.

[14] 4. Soweit im vorliegenden Fall eine Versäumung der zweiwöchigen Frist für die Anhörungsrüge in Rede steht, ist die Verspätung jedenfalls nicht durch die Zulassungsentscheidung des Truppendienstgerichts verursacht. Inwieweit andere unvermeidbare Fristversäumnisgründe i.S.d. § 7 WBO vorliegen, wird das Truppendienstgericht zu prüfen haben (zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift vgl. BVerwG, Beschl. v. 01.08.2019 – 2 WNB 5.19 – Buchholz 450.1 § 7 WBO Nr. 8 Rn. 6 ff.). Dabei kommt eine Anwendung des § 7 Abs. 2 WBO wegen einer im vorliegenden Fall irreführenden Rechtsbehelfsbelehrung in Betracht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.11.2012 – 1 WB 3.12 – NZWehrr 2013, 168 <169 f.>). Die im Beschl. v. 25.01.2023 erteilte Rechtsbehelfsbelehrung über die Möglichkeit der Erhebung einer Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht allgemein formuliert worden, sondern ausdrücklich an den Bund und den Beschwerdeführer gerichtet (vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 11.03.2010 – 7 B 36.09 – Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 89 Rn. 15 f.). Sie ist für den in der Sache beschwerten Bund richtig. Sie ist aber für den Soldaten unrichtig und irreführend, weil er aufgrund des Rechtsmittelausschlusses gerade keine Nichtzulassungsbeschwerde erheben kann. Es dürfte auch nicht auszuschließen sein, dass der Bevollmächtigte des Soldaten bei einer korrekten Belehrung sich die für Anhörungsrügen geltende Zwei-Wochen-Frist notiert hätte.

[15] 5. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens sind nach § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 154 Abs. 2 VwGO vom Beschwerdeführer zu tragen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 02.02.2018 – 1 WRB 2.17 – Buchholz 450.1 § 23a WBO Nr. 5 Rn. 2). Die Gerichtskosten des gebührenfreien Verfahrens, die hier allerdings nur Schreibauflagen umfassen, sind nach § 21 GKG wegen unrichtiger Sachbehandlung niederzuschlagen. Denn das Truppendienstgericht hat die Rechtsbeschwerde zu Unrecht zugelassen. Die außergerichtlichen Kosten des Soldaten können nicht teilweise oder ganz erstattet werden, weil es bei einem kostenverursachenden Verschulden des Gerichts an einer Rechtsgrundlage dafür fehlt (BVerwG, Beschl. v. 04.06.1991 – 4 B 189.90 – juris Rn. 2; OVG Bautzen, Beschl. v. 17.02.2020 – 4 E 13/20.A – juris Rn. 6; Wöckel, in: Eyer mann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 155 Rn. 14).

#### Antrag auf Wiederaufnahme eines einfachen Disziplinarverfahrens

WDO § 44 Abs. 3, § 45 Abs. 1 und 2, § 129 Abs. 2 Satz 2; VwVfG § 1 Abs. 1, § 51 Abs. 2

**1. Bei der Wiederaufnahme eines einfachen Disziplinarverfahrens kommt es für die Frage, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel neu ist, regelmäßig auf den Kenntnisstand des Disziplinarvorgesetzten bei der Verhängung an. Die Wiederaufnahme ist nach § 44 Abs. 3 WDO nicht ausgeschlossen, wenn der Soldat im Ausgangsverfahren die Angabe der Tatsache oder des Beweismittels schuldhaft versäumt hat.**

**2. Ein Wiederaufnahmeantrag nach § 45 WDO kann nicht rechtswirksam bereits als Hilfsantrag im Beschwerdeverfahren gestellt werden.**

BVerwG, Beschl. v. 20.04.2023 – 2 WRB 1.23  
(Vorinstanz: TDG Süd)  
(ECLI:DE:BVerwG:2023:200423B2WRB1.23.0)

#### Gründe:

##### I

[1] Die Rechtsbeschwerde des Soldaten betrifft Fragen der Wiederaufnahme eines einfachen Disziplinarverfahrens.

[2] Gegen den Soldaten, einen Stabsfeldwebel, wurde am 25.02.2021 eine Disziplinarbuße i.H.v. 500 € verhängt. Ihm wurde vorgeworfen, an einem Montag betrunken zum Dienst erschienen zu sein. Außerdem habe er an einem

Mittwochabend wiederholt einem Stabsgefreiten lautstark über den Kasernenhof zugerufen, ob er jetzt zum »Bumsen« gehe.

[3] Die frühere Verteidigerin des Soldaten erhob mit Schreiben vom 22.06.2021 Beschwerde mit der Begründung, die Maßnahme sei ermessensfehlerhaft. Der Soldat leide an einer depressiven Störung. Er sei zwar nach Aktenlage alkoholisiert zum Dienst erschienen. Mangels Wiederholungsfahrer und negativen Auswirkungen auf das Ansehen der Bundeswehr sei lediglich eine erzieherische Maßnahme angezeigt.

[4] Mit Schreiben vom 19.07.2021 stellte der derzeitige Bevollmächtigte hilfsweise einen Antrag auf Aufhebung der bereits unanfechtbaren Disziplinarmaßnahme. Die Entscheidung sei fehlerhaft, da ein Tatnachweis nicht geführt werden könne. Die Aussagen der Zeugen zur Alkoholisierung seien konstruiert, untereinander abgesprochen und zeigten erhebliche Belastungstendenzen. Eine Blutalkoholkontrolle sei nicht durchgeführt worden. Der Soldat habe am Vorabend Alkohol konsumiert, sodass es aufgrund seiner Medikation möglicherweise zu einer Wechselwirkung gekommen sei. An die ihm vorgeworfene Aussage gegenüber dem Stabsgefreiten habe er keine Erinnerung.

[5] Der nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte wies die Beschwerde mit bestandskräftigem Bescheid vom 01.10.2021 als unzulässig zurück. Die Disziplinarbuße sei seit dem 26.03.2021 unanfechtbar, sodass die Beschwerde nicht fristgerecht eingegangen sei.

[6] Den Hilfsantrag auf Aufhebung der unanfechtbaren Maßnahme hat das Truppendienstgericht Süd mit Beschl. v. 24.10.2022 zurückgewiesen. Der Antrag auf Wiederaufnahme sei unzulässig, da er sich nicht auf neue Tatsachen oder Beweismittel stütze. Für die Frage, ob eine Tatsache »neu« i.S.d. § 44 Abs. 3 WDO sei, komme es nach Ansicht der Kammer nicht allein auf die Kenntnis des Disziplinarvorgesetzten bei der Verhängung der Maßnahme an. Vielmehr müsse die Tatsache auch für den Soldaten neu sein. Habe dieser bewusst im Disziplinarverfahren nicht auf einen ihm bekannten Umstand, hier seine gesundheitlichen Probleme, aufmerksam gemacht, bestehe kein sachlicher Grund, ihm nach diesem bewussten und gewollten Versäumnis das »Sonderverfahren« der §§ 44, 45 WDO zu eröffnen. Es handele sich um ein widersprüchliches Verhalten, das keine neue Sachentscheidung »verdienne«. Das Truppendienstgericht hat die Rechtsbeschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen.

[7] In der binnen eines Monats eingegangenen Begründung der Rechtsbeschwerde tritt der Soldat der Ansicht des Truppendienstgerichts entgegen. Der Vortrag zu seiner psychischen

Situation stelle eine neue Tatsache dar, die das Truppendienstgericht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens hätte veranlassen müssen. Aufgrund seines Gesundheitszustandes und seiner stationären Aufnahme sei es ihm nicht möglich gewesen, die zu seinen Gunsten sprechenden Gründe im Beschwerdeweg fristgerecht vorzutragen, sodass ihm die Möglichkeit eines Antrages nach § 44 Abs. 3 WDO zustehen müsse.

[8] Das BMVg tritt der Ansicht des Truppendienstgerichts ebenfalls entgegen. Tatsachen seien i.S.v. § 36 Abs. 2 WDO und § 44 Abs. 3 WDO dann neu, wenn sie dem Disziplinarvorgesetzten im Zeitpunkt seiner Entscheidung nicht bekannt gewesen seien und der disziplinarischen Entscheidung nicht zugrunde gelegen hätten. Dies entspreche der Rechtslage im Strafprozessrecht. Daher gebe das nachträgliche Bekanntwerden einer psychischen Erkrankung Anlass zu einer erneuten Prüfung. Auf ein Verschulden des Angeschuldigten für den unterbliebenen Vortrag komme es nicht an. Der Bundeswehrdisziplinaranwalt hat sich dem angeschlossen.

## II

[9] Die Rechtsbeschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg.

[10] 1. Sie ist zwar zulässig. Sie ist insbesondere vom Truppendienstgericht mit bindender Wirkung für den Senat zugelassen (§ 22a Abs. 1 und 3 WBO) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

[11] 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Zwar ist die Rechtsansicht des Soldaten und des Bundesverteidigungsministeriums zutreffend, dass der angegriffene Beschluss des Truppendienstgerichts auf der Verletzung von Bundesrecht beruht (§ 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

[12] a) Entgegen der Ansicht des Truppendienstgerichts kommt es bei der Frage, ob eine Tatsache neu ist, nämlich nicht auf das Wissen des Soldaten, sondern auf den Kenntnisstand des Disziplinarvorgesetzten an. Zwar folgt dies nicht aus dem Wortlaut des § 44 Abs. 3 Satz 1 WDO. Denn in dieser Vorschrift wird nicht ausdrücklich geregelt, wessen Perspektive maßgeblich ist. Auch § 44 Abs. 3 Satz 2 WDO, wonach abweichende tatsächliche Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Straf- oder Bußgeldverfahren als neue Tatsachen gelten, bringt insoweit keine Klarstellung. Dies folgt jedoch aus dem systematischen Zusammenhang der Wiederaufnahmevorschriften des einfachen Disziplinarverfahrens zu den Wiederaufnahmeregeln des gerichtlichen Disziplinarverfahrens. Auch in einem rechtskräftig abgeschlossenen gerichtlichen Disziplinarverfahren

ist nach § 129 Abs. 1 Nr. 2 WDO die Wiederaufnahme bei Bekanntwerden neuer Tatsachen und Beweismittel zulässig. § 129 Abs. 2 Satz 2 WDO bestimmt, dass Tatsachen und Beweismittel neu sind, die dem Gericht bei seiner Entscheidung nicht bekannt gewesen sind. Danach stellt das Gesetz auf die Kenntnis des die disziplinarrechtliche Maßnahme treffenden Gerichts ab. Auf das einfache Disziplinarverfahren übertragen ist folglich die Kenntnis des entscheidenden Disziplinarvorgesetzten oder Wehrdienstgerichts maßgeblich (vgl. Dau/Schütz, WDO, 8. Aufl. 2022, § 44 Rn. 27).

[13] b) Entgegen der Ansicht des Truppendienstgerichts ist es auch nicht entscheidend, ob der Soldat das mangelnde Bekanntwerden der für ihn sprechenden Umstände verschuldet hat. Es spricht zwar vieles dafür, dass er bereits vor Verhängung der Disziplinarbuße auf seine psychische Erkrankung und eine mögliche Alkohol-Medikation-Wechselwirkung hätte hinweisen können. Auf ein Verschulden an dem verspäteten Sachvortrag kommt es jedoch nicht an. Zwar enthielt die WDO v. 15.03.1957 (BGBl. I S. 189) als Voraussetzung für die nochmalige Prüfung einer einfachen Disziplinarstrafe in § 31 Abs. 3 Satz 2 WDO a.F. die Regelung, dass der Bestrafte sich nur auf solche neuen Tatsachen und Beweismittel berufen konnte, die er in dem früheren Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemacht hatte. Diese Verschuldensklausel ist jedoch bei der Neufassung der Wehrdisziplinarordnung im Jahr 1972 gestrichen worden. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass dieser Grundsatz aufgegeben werde, da auch im Wiederaufnahmeverfahren gegen eine gerichtliche Disziplinarmaßnahme ebenso wie in der Beamten-disziplinarordnung das Verschuldensprinzip entfallen sei (BT-Drucks. 6/1834, S. 44, 62).

[14] Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Disziplinarbuße ein Verwaltungsakt ist, für den die Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts subsidiär Anwendung finden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.09.2022 – 2 WDB 1.22 – juris Rn. 23). Zwar lässt § 51 Abs. 2 VwVfG ein Wiederaufgreifen eines unanfechtbaren Verwaltungsakts nur zu, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen. Diese allgemeine Regelung greift jedoch nicht. Nach § 1 Abs. 1 VwVfG gelten die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Das Wiederaufgreifen unanfechtbarer einfacher Disziplinarmaßnahmen ist jedoch in § 44 Abs. 3 und § 45 WDO speziell und entgegenstehend geregelt.

[15] 3. Die Entscheidung des Truppendienstgerichts erweist sich jedoch aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig (§ 23a Abs. 2 Satz 1 WBO i.V.m. § 144 Abs. 4 VwGO).

[16] Denn der Antrag auf Aufhebung einer einfachen Disziplinarmaßnahme nach § 44 Abs. 3 WDO ist – wie sonstige behördliche oder gerichtliche Verfahrenshandlungen – grundsätzlich bedingungsfeindlich und somit unwirksam. Das gilt insbesondere für externe Bedingungen (vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 22 Rn. 58). Zwar können innerhalb desselben behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens bei der dafür zuständigen Stelle unterschiedliche Anträge als zulässige innerprozessuale Bedingungen hilfsweise verfolgt werden (vgl. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 106 Rn. 19).

[17] Ein Wiederaufnahmearbeit ist jedoch kein zulässiger Hilfsantrag in einem laufenden Beschwerdeverfahren. Dies folgt zum einen daraus, dass die Beschwerdestelle für ein solches Verfahren nicht sachlich zuständig ist. Der Wiederaufnahmearbeit ist als gerichtlicher Rechtsbehelf bei dem nach § 45 Abs. 1 WDO dafür zuständigen Wehrdienstgericht zu stellen; auch wenn er nach § 45 Abs. 2 WDO i.V.m. § 5 WBO fristwährend beim Disziplinarvorgesetzten eingereicht werden kann. Als gerichtlicher Antrag, der ein Prozessverhältnis erst begründen soll, ist er bedingungsfeindlich (vgl. BVerfG, Urt. v. 26.10.2022 – 2 BvE 3/15, 2 BvE 7/15 – juris Rn. 61; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, Vor § 124 Rn. 35).

[18] Zum anderen soll er nach der gesetzlichen Regelung des § 44 Abs. 3 WDO erst nach Abschluss des regulären Rechtsmittelverfahrens bei Eintritt der Unanfechtbarkeit der Disziplinarmaßnahme gestellt werden können. Erst nach dem bestands- oder rechtskräftigen Abschluss des mit der Beschwerde fortgeführten Ausgangsverfahrens steht fest, welches Vorbringen berücksichtigt worden ist und darum kann erst danach beurteilt werden, welche Tatsachen und Beweismittel im Aufhebungsverfahren »neu« sind. Da eine Beschwerdestelle auch im Fall einer verspätet eingelegten Beschwerde eine Sachentscheidung erlassen kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.08.2017 – 1 WRB 1.16 – Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 96 Rn. 20 f.), steht erst nach Abschluss dieses Rechtsmittelverfahrens fest, welche Tatsachen und Beweismittel verwendet worden sind. Für die rechtliche Anerkennung eines gleichsam auf Vorrat »hilfsweise« bei der unzuständigen Stelle eingelegten Wiederaufnahmearbeit besteht kein Rechtsschutzbedürfnis.

[19] Da ein wirksamer Wiederaufnahmearbeit des Soldaten fehlt, hat das Truppendienstgericht das Begehren im Ergebnis zutreffend abgewiesen.

[20] 4. [Kostenentscheidung]

## Buchbesprechungen

**Der »Gnadenschuss«, Über aktive Sterbehilfe in militärischen Extremsituationen.** Dominik Kischko, Band 377 der Schriften zum Strafrecht, zugl. Diss. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 2021, Verlag Duncker & Humblot Berlin 2021, 377 Seiten, Gebunden, 89,90 €, ISBN: 978-3-428-18384-5

Mit der Untersuchung *Der »Gnadenschuss«* (engl: »merci killing«; frz: »Coup de grâce«) an Schwerstverwundeten in bewaffneten Konflikten nimmt sich Dominik Kischko eines Themas aus dem Bereich der aktiven Sterbehilfe an, das bisher wenig Beachtung gefunden hat. Nach Vorwort (S. 7) und Inhaltsverzeichnis (S. 9) gliedert sich die Arbeit in die Abschnitte »A. Einleitung und Problemdarstellung« (S. 17), »B. Vorfragen und strafrechtliche Besonderheiten im Kontext militärischer Operationen« (S. 61), »C. Fall 1: Tötung auf Verlangen« (S. 144), »D. Fall 2: Tötung ohne ausdrückliches Verlangen« (S. 239), »E. Einzelprobleme und Sonderkonstellationen« (S. 265), »F. Exkurs: Triage« (S. 295) sowie »G. Ergebnisse« (S. 309). In einem Anhang (S. 318) werden Erläuterungen und in einem weiteren Anhang eine Auflistung von Fällen (einer Gnadenschusslage) im militärischen Kontext (S. 319) sowie vergleichbaren Fällen jenseits von (militärischen) Kampfhandlungen (S. 331) angeboten, bevor ein Literatur- (S. 332) und ein Sachwortverzeichnis (S. 376) das Werk beschließen.

Die Untersuchung ist äußerst interessant und lesenswert, flüssig geschrieben und insgesamt wirklich überzeugend. Im Abschnitt »A. Einleitung und Problemdarstellung« beginnt der Autor seine Darlegung damit, dass die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen den Tatbestand des Totschlags, bei Vorliegen von Mordmerkmalen den des Mordes erfüllt. Habe der Getötete ernstlich und ausdrücklich sein Verlangen zu sterben geäußert, werde der Täter, der ihm seinen Wunsch erfüllt, wegen Tötung auf Verlangen bestraft – mit erheblich reduzierter Strafe. Töte hingegen ein Soldat als rechtmäßiger Kombattant im (internationalen) bewaffneten Konflikt einen anderen Soldaten und handele er im Rahmen des humanitären Völkerrechts (in bewaffneten Konflikten – HVR), werde er für eine solche rechtmäßige Schädigungshandlung nicht bestraft (die beiden genannten Klammerzusätze fehlen in der Einleitung). Töte er einen Gegner, der aufgrund einer Verwundung kampfunfähig sei, stelle dies grundsätzlich einen schweren Verstoß gegen das HVR

und damit ein Kriegsverbrechen dar, das nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) mit lebenslanger Haft bestraft werden müsse. Gelte dies ausnahmslos?

Schneller und grundsätzlich präziser kann eine strafrechtsdogmatische Arbeit das Thema und die zugrunde liegenden Rechtsfragen nicht auf den Punkt bringen. In der weiteren Einleitung wird die moralische Dimension, aber auch die Aktualität des Themas angesprochen. Zudem schildert Dominik Kischko Rechtsfragen der Sterbehilfe in direkter und indirekter Form, als »Behandlungsabbruch« und durch Mitwirkung am Suizid. Es folgen eine Abgrenzung zwischen ärztlicher und militärischer Sterbehilfe sowie eine Darstellung der Sterbehilfe im militärischen Kontext. Ab S. 36 bis S. 57 der Darstellung werden in jeweils kurzer Form von einigen Zeilen Fälle der Tötung Verwundeter im bewaffneten Konflikt von der Bibel bis in die Gegenwart aus allen Teilen der Erde dargelegt und ihre Relevanz für Soldaten der Bundeswehr sowie der weitere Gang der Arbeit geschildert; eine Auflistung weiterer »Gnadenschussfälle« im militärischen Kontext sowie jenseits militärischer Kampfhandlungen findet sich im Anhang (S. 319). Die Voraussetzungen einer Gnadenschusslage sieht der Autor grundsätzlich als gegeben an, wenn der Verwundete aktuell schwerstes Leid empfindet, in absehbarer Zeit keine Aussicht auf Besserung der (Versorgungs-) Lage besteht, die Prognose für den Verwundeten unter den gegebenen Umständen völlig hoffnungslos ist und keine andere Möglichkeit der Schmerzbekämpfung mehr besteht (im Fall einer nicht mehr möglichen Äußerung des Verwundeten soll die Gefahr objektiv schwersten Leids aufgrund der Umstände reichen – S. 252).

Im Abschnitt »B. Vorfragen und strafrechtliche Besonderheiten im Kontext militärischer Operationen« wird die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf »deutsche« Gnadenschussfälle (S. 61–67), der Schutz Verwundeter durch das HVR (S. 67–90), die Strafbarkeit solcher Fälle nach StGB und VStGB (S. 91–120) sowie das Verhältnis zwischen StGB und VStGB (S. 121–142) und schließlich die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) nach dem Römischen Statut von 1998 (S. 142 f.) erörtert. Am Ende der genannten Darlegungsabschnitte wird jeweils das Zwischenergebnis der erörterten Rechtsfragen zusammengefasst. Bereits hier lässt sich erahnen, dass der Autor grundsätzlich § 216 StGB als relevante Rechtsnorm favorisiert.

Die eigentliche Untersuchung erfolgt in den Abschnitten »C. Fall 1: Tötung auf Verlangen« (S. 144 ff.) und »D. Fall 2: Tötung ohne ausdrück-

liches Verlangen« (S. 239 ff.), und zwar – losgelöst von den dargelegten historischen Fällen – anhand der abstrakten Unterscheidung zwischen Fall 1, bei dem ein ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten feststellbar ist, und Fall 2, bei dem diese Feststellung nicht möglich ist. Da Gnadenschussfälle eher selten und dann in einer extremen Notlage für den die Tötung Verlangenden und das Opfer vorkommen können, untersucht der Autor denkbare Lösungsansätze auf der Tatbestands- (z.B. Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko, rechtsfreier Raum), Rechtfertigungs- (z.B. Gewohnheitsrecht, rechtfertigende Einwilligung und rechtfertigender Notstand) und Schuldebene (übergesetzlicher Notstand); er erörtert sodann Lösungen auf der Ebene der Rechtsfolgen (§ 60 StGB), auf der prozessualen Ebene (§§ 153 ff. StPO), durch Begnadigung und Regelungsbedarf für den Gesetzgeber. Einen intensiven Blick wirft der Autor sodann auf die von ihm beim verlangten Gnadenschuss favorisierte eigene Lösung: § 34 StGB (ab S. 181), wobei er detailliert zu den Themen notstandsfähiges Rechtsgut (ab S. 201), der nicht anders abwendbaren Notstandslage (ab S. 214), der Interessenabwägung zwischen »Eingriffsgut« und »Erhaltungsgut« (ab S. 221) und mit gesellschaftlichen Interessen (S. 230), Angemessenheit und subjektivem Rechtfertigungselement ausführt, bevor er im Ergebnis zu Fall 1 festhält, dass eine Rechtfertigung einer »Tötung auf Verlangen« i.S.d. § 216 StGB durch den rechtfertigenden Notstand in eng umgrenzten Einzelfällen möglich und sachgerecht ist (S. 237). Es handle sich zwar um eine furchtbare Tat, aber eben nicht zwingend um Unrecht (S. 238).

Die Untersuchung zu Fall 2, der Gnadentötung ohne ausdrückliches Verlangen des Opfers, das zu einer Willensäußerung nicht mehr in der Lage ist, prüft anhand der für Fall 1 soeben dargelegten Linien mögliche Lösungsansätze (S. 239–264). Da der Verwundete sich im Fall 2 nicht mehr äußern kann, kommt auch eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht (S. 254 ff.). Auch hier plädiert der Autor jedenfalls für eine Lösung unter Rückgriff auf § 34 StGB, den rechtfertigenden Notstand. In Abschnitt E. Einzelprobleme und Sonderkonstellationen (S. 265–294) werden die Unterlassungsstrafbarkeit nach § 323c StGB sowie unechte Unterlassungsdelikte, fehlende Rechtfertigungselemente und Irrtumsfälle, der Gnadenschuss im Zusammenhang mit der militärischen Befehlskette, der Gehorsampflicht sowie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten und des Untergebenen im Sinne des WStG, die Übertragung der gefundenen Ergebnisse auf andere Konstellationen wie drohende

Gefangennahme, Folter und einige Fälle ohne direkten Bezug zu Kampfhandlungen wie konfliktähnliche Katastrophenfälle oder Hinrichtungen als staatliche Strafe besprochen. In Abschnitt »F. Exkurs: Triage« (S. 295–308) werden der Begriff, die strafrechtlichen Probleme der militärischen Triage, kollidierende Handlungspflichten und Sonderfälle besprochen.

Aus Abschnitt »G. Ergebnisse« (S. 309–317) ist festzuhalten, dass der Autor die Rechtsauffassung vertritt, das VStGB sei eine modifizierte nationale Kodifikation des ISTGH-Statuts und treffe keine abschließende Regelung für sämtliche Straftaten im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten. Das StGB bleibe daneben anwendbar, wenngleich seine Tatbestände im Regelfall auf Konkurrenzebene durch die spezielleren Regelungen des VStGB verdrängt würden. Da bei der Tötung auf Verlangen der Begehungszusammenhang mit dem Konflikt völlig in den Hintergrund trete und der geäußerte Todeswunsch des Opfers prägendes Element der Tat sei, müsse hier § 216 StGB (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren) angewendet werden und verdränge § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (lebenslange Freiheitsstrafe). Erfolge die Tötung ohne ausdrückliches Verlangen, sei § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB *lex specialis* für die Tötung einer nach dem HVR zu schützenden Person, unabhängig von deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfliktpartei (S. 310). Letztlich sei in beiden Fällen (ausdrückliches Verlangen und auch objektiv schwerstes Leid eines Opfers, das sich nicht mehr äußern kann) eine Lösung über den rechtfertigenden Notstand überzeugend und sachgerecht (S. 312).

Es bleibt nach dieser Lektüre, die man jedem Juristen in den Streitkräften zur persönlichen Weiterbildung nur nachhaltig empfehlen kann, die auch vom Autor ausdrücklich genannte Erkenntnis, dass eine abschließende Untersuchung bisher nicht möglich ist. Die Besonderheiten der Gnadenschusslage verbieten eine schematische Kategorisierung ebenso wie eine übergreifende Betrachtung – oft fehlen Informationen über alle Einzelheiten und die bekannt gewordenen Fälle, die der Autor mit großer Akribie zusammengetragen hat, dürften aufgrund der Unzugänglichkeit zu Informationen und der in militärischen Kreisen üblichen Geheimhaltung bisher nicht abschließend und umfänglich erfasst sein. Die Lage ist eben immer anders im Vergleich zu vorherigen Fällen – bleibt zu hoffen, dass diese Fragen für deutsche Soldaten noch lange eine rein akademische Fragestellung bleiben (S. 317).

*Peter Dreist*

**Hinweis der Schriftleitung:**

Aufgrund eines Redaktionsversehens enthielten zwei Fußnoten des Aufsatzes von Alexander Leckebusch in Heft 5/2023 bedauerlicherweise unzutreffenden Text.

Fußnote 28 Satz 1 sollte wie folgt lauten: »Eine Zusammenlegung von Behörden des Justizbereichs mit Behörden der Exekutive, also unterschiedlicher Ressorts, wäre aber zumindest unpraktikabel und rechtlich bedenklich.«

Fußnote 32, letzter Satz, sollte wie folgt lauten: »Da es hier für die Problemstellung des Aufsatzes nicht darauf ankommt, soll auf diesen Diskurs nur hingewiesen werden.«

NZWehrr 2024 Heft 1

## Nachruf

### Klaus Dau (1934–2023)

Vor kurzem starb Ministerialdirektor a.D. Dr. iur. Klaus Dau, ehemaliger Abteilungsleiter Recht im BMVg und viele Jahre Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

Der gebürtige Norddeutsche studierte in Bonn, München, Berlin und Köln Rechtswissenschaften; nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen wurde er 1963 in Köln mit einer disziplinarrechtlichen Dissertation zum Dr. iur. promoviert. 1964 legte Klaus Dau das Zweite Juristische Staatsexamen in Düsseldorf ab und wurde im selben Jahr als Referent in die damalige Abteilung Verwaltung und Recht des BMVg eingestellt. Von 1966 bis 1968 war er Rechtsberater und Wehrdisziplinaranwalt beim Kommando Territoriale Verteidigung in Bad Godesberg. Nach Referentenverwendungen im BMVg erhielt er 1978 die Leitung des Referats »Strafrecht, Staatsschutz, Rechtsunterricht«, gefolgt 1987 von der Leitung des Referats »Verfassungs-, Staats- und Verwaltungsrecht.« Einer kurzen Zeit als Unterabteilungsleiter »Allgemeine Rechtsangelegenheiten« (ab 1993) folgte 1995 die Krönung der ministeriellen Karriere: Bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand 1999 war Klaus Dau Leiter der Abteilung Recht.

In seinen 35 Jahren beruflicher Tätigkeit im BMVg war Klaus Dau mit einer Vielzahl juristischer Probleme befasst und hatte auf ihre Lösung maßgeblichen Einfluss. Es seien nur einige Rechtsthemen genannt: Bundeswehr im Kalten Krieg, Wiedervereinigung Deutschlands, Rahmenbedingungen multinationaler Verbände, erste Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte im internationalen Krisenmanagement.

Klaus Dau blieb der Rechtswissenschaft bis zu seinem Tod eng verbunden und prägte das deutsche Wehrrecht entscheidend. Viele Jahrzehnte verantwortete er die Neue Zeitschrift für Wehrrecht sowie – in mehreren Auflagen – Kommentare u.a. zur Wehrbeschwerdeordnung und zur Wehrdisziplinarordnung; hinzukommen zahlreiche Aufsätze und Buchbesprechungen. Sein wissenschaftliches Wirken würdigten Kollegen und Weggefährten 1999 mit einer Festschrift zum 65. Geburtstag.

Ehrenamtlich engagierte er sich in der Deutschen Gesellschaft für Wehrrecht und humanitäres Völkerrecht, einige Jahre auch als deren Vorsitzender.

Klaus Dau hinterlässt Ehefrau, drei Kinder und mehrere Enkelkinder.

*Ministerialrat Dr. Christian Raap*