

Die Befehls- und Kommandogewalt des Art. 65a GG im Lichte terroristischer Herausforderungen*

Von Jürgen Lorse, Regierungsdirektor, Bonn**

Terroristische Bedrohungen im nationalen Luftraum haben in jüngster Zeit eine Fülle von Rechtsfragen aufgeworfen, die sich insbesondere mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen für einen Einsatz der Streitkräfte im Innern beschäftigen. Ein Teilaspekt dieses Problemkreises ist die Frage, wem verfassungsrechtlich gegebenenfalls die Verantwortung für Entscheidungen über den Abschuss eines als Waffe missbrauchten Flugzeuges zugewiesen ist. Diese Frage lenkt den Blick auf das Institut der Befehls- und Kommandogewalt i. S. d. Art. 65a GG. Der Beitrag untersucht anlassbezogen Inhalt und Struktur dieser Verfassungsbestimmung. Hierbei werden sowohl die deutsche Verfassungstradition als auch die Grundentscheidungen der Wehrverfassung in die Prüfung einbezogen. Ein weiteres Augenmerk der Untersuchung gilt der Frage, wer in Renegade-Fällen zur Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt berufen ist.

Vorbemerkung

Die terroristischen Ereignisse vom 11. September 2001 sowie der Irrflug eines Sportflugzeuges über Frankfurt am Main am 5. Januar 2003 haben den Ruf nach einem Einsatz der Streitkräfte im Innern zur effektiven Gefahrenabwehr laut werden lassen. Unbeschadet der heftig diskutierten Frage, ob ein solcher Einsatz sich gegenwärtig bereits auf eine tragfähige verfassungsrechtliche Grundlage abstützen lässt¹ oder eine solche wegen Art. 87a Abs. 2 GG erst noch zu schaffen ist², besteht in folgenden Punkten Einigkeit:

Eine Bekämpfung terroristischer Bedrohungen im nationalen Luftraum ohne auswärtige Beteiligung («Renegade-Fälle») lässt sich nicht unter den klassischen Verteidigungsbegriff des Art. 87a Abs. 1 GG subsumieren, da es an der Voraussetzung eines Angriffs von »außen« fehlt. Die Wahrnehmung dieser originären Verteidigungsfunktion erfolgt gegenwärtig in der Form des sogenannten Air policing rund um die Uhr durch Flugzeuge der deutschen Luftwaffe («Alarmrotten») im Rahmen der Integrierten NATO-Luftverteidigung und stützt sich auf Art. 24 Abs. 2 GG. Eine Herauslösung aus den Befehlsstrukturen der NATO und Unterstellung dieser Flugzeuge unter nationalen Befehl («transfer of authority») unterwirft den weiteren Einsatz dieser Alarmrotten dem Regime der durch das Grundgesetz festgelegten Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern. Ein terroristischer Angriff stellt sich danach als polizeirechtliche Gefahrenabwehr dar, für die eine originäre Zuständigkeit der Streitkräfte nicht gegeben ist. Die gewollte innerstaatliche Tren-

nung zwischen polizeilicher und militärischer Funktion in Friedenszeiten würde in diesem Fall durch einen Einsatz der Streitkräfte durchbrochen.³

Die Inkongruenz zwischen materieller Zuständigkeit und Fähigkeit der Gefahrenabwehr lässt eine Verantwortungsdiffusion besorgen. Wer verantwortet in einer solchen Situation den Abschuss eines zivilen Flugzeuges, das als terroristische Waffe missbraucht wird? Der Bundesminister der Verteidigung ist gemäß Art. 65a GG Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte. Ist diese Befehls- und Kommandogewalt teilbar? Ministerpräsidenten, Kabinettskollegen mit polizeiverwandten Zuständigkeiten (BMI, BMVBW) sowie die Bundesregierung als Kollegialorgan treten als Akteure mit eigenen Zuständigkeiten und eigenem Machtanspruch auf den Plan.

Das zeitkritische Moment von Renegade-Fällen wirft ein weiteres Problem auf: Was ist, wenn der Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt als Entscheidungsträger in seiner Person aus den unterschiedlichsten Gründen (Krankheit, dienstliche Unerreichbarkeit) nicht zur Verfügung steht? Wer vertritt ihn in dieser Funktion? Auch hier reicht die Palette möglicher Vertreter von einem anderen Regierungsmitglied über beamtete und parlamentarische Staatssekretäre bis zum Generalinspekteur der Bundeswehr.

Der Bundesminister der Verteidigung selbst hat in Bezug auf die Ereignisse vom 5. Januar 2003 die Ansicht vertreten, dass die Befehls- und Kommandogewalt über die zur Abwehr solcher Bedrohungen eingesetzten Soldaten beim ihm liege und eine Teilhabe in der Ausübung dieser Befugnis nicht in Betracht komme: »Ministerpräsident Koch habe dann in dem Gespräch die Frage gestellt, wer die Entscheidung treffe, dass dieses Flugzeug bekämpft werde. Daraufhin habe er [i. e.

* Dieser Beitrag ist als Erstabdruck in der Zeitschrift »Die Öffentliche Verwaltung« (DÖV) 2004, S. 329ff., erschienen. Der Zweitabdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Kohlhammer-Verlages, Stuttgart.

** Der Autor ist Regierungsdirektor im Bundesministerium der Verteidigung. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verf. wieder.

¹ So Wiefelspütz, Sicherheit vor den Gefahren des internationalen Terrorismus durch den Einsatz der Streitkräfte?, NZWehrr 2003, 45ff. (61).

² I. d. S. Gramm, Bundeswehr als Luftpolizei: Aufgabenzuwachs ohne Verfassungsänderung?, NZWehrr 2003, 89ff. (97); ähnlich skeptisch Papier, »Ausdrückliche Klarstellung«, Interview mit der FAZ v. 22. 2. 2003.

³ Vgl. schon den Bericht des Rechtsausschusses anlässlich der Einfügung der Notstandsverfassung, BT Drs. V/2873, (13); ebs. Dreier, Komm. GG, 2000, Art. 87a, Rz. 18.

BM Struck] ausgeführt, dass er dies als Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt der Bundeswehr tun werde.«⁴

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf den Aspekt der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt (Art. 65a GG) in Renegade-Fällen sowie der Vertretung in dieser verfassungsbewehrten Funktion. In einem ersten Schritt erfolgt eine Konturierung des Inhalts der Befehls- und Kommandogewalt einschließlich der Vertretung in dieser Funktion in historischer und materieller Sicht. Anschließend werden die rechtlichen Ergebnisse auf ihre Anwendbarkeit in den sogenannten Renegade-Fällen untersucht.

I. Verfassungstradition und verfassungsrechtliche Grundlagen des Art. 65a GG

1. Entstehungsgeschichte und Motive der Norm

Die Unterstellung der Streitkräfte unter die umfassende Weisungsgewalt des Staatsoberhauptes hat in der deutschen Verfassungsgeschichte bis zur Geltung des Grundgesetzes traditionsbildenden Charakter.

So enthält bereits § 83 der Paulskirchenverfassung von 1849 die lakonische Regelung: »Der Kaiser hat die Verfügung über die bewaffnete Macht.« Im deutschen Reich war die oberste militärische Befehlsgewalt nach Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 der Reichsverfassung von 1871 ebenfalls dem Kaiser übertragen.⁵ Die Weimarer

Reichsverfassung (WRV) lehnte sich an diese Idee an, dem Staatsoberhaupt zugleich den »Oberbefehl« über die Soldaten zu übertragen, und wies daher in Art. 47 WRV⁶ diese Funktion dem Reichspräsidenten zu⁷, der diese teilweise auf den Reichswehrminister übertragen hatte.⁸

Allerdings ist auf die im Ergebnis erfolgreichen Bemühungen der Reichswehr hinzuweisen, unter Berufung auf die beim Chef der Heeresleitung konzentrierte Kommandogewalt ein unmittelbares Vortragsrecht beim Reichspräsidenten zu erwirken und so partiell die parlamentarische Kontrolle zu unterlaufen.⁹ Die erstmals im Erlass vom 21. April 1936¹⁰ verwendete Formel der »Befehls- und Kommandogewalt« lässt sich historisch daher so interpretieren, die »Summe der Verfügungsrechte über die Streitkräfte« wieder zu fusionieren.

Erst das Grundgesetz manifestiert in Art. 65a GG¹¹ die bewusste Abkehr von der deutschen Verfassungstradition, dem – monarchischen oder republikanischen – Staatsoberhaupt den Oberbefehl über die Streitkräfte zuzuweisen.¹² Bereits in dem Verzicht auf die Übernahme des Begriffs »Oberbefehl« kommt eine gewaltbeschränkende Funktion gegenüber der Weimarer Republik zum Ausdruck. Materiell handelte es sich beim »Oberbefehl« um einen gegenüber der Befehls- und Kommandogewalt weiter reichenden Begriff. Mit Ausnahme der Gesetzgebung sind darin alle staatlichen Führungsfunktionen einschließlich eines selbständigen Militärverordnungsrechts und einer eigenen Militärgerichtsbarkeit erfasst.¹³

Die Zuweisung der Befehls- und Kommandogewalt unterhalb des Staatsoberhauptes an ein Regierungsmitglied ist, wie die parlamentarischen Beratungen¹⁴ unterstreichen, deshalb Ausdruck der Einordnung der Streitkräfte als ein Parlamentsheer in die demokratische Struktur des Gemeinwesens unter Einschluss uneingeschränkter Verantwortung gegenüber dem Parlament. Personell kommt hierdurch die Verantwortung des zuständigen Bundesministers in Friedenszeiten zum Ausdruck, die mit der Verkündung des Verteidigungsfalles auf den Bundeskanzler übergeht, Art. 115b GG.

Der gewählte systematische Zusammenhang des Art. 65a mit Art. 65 GG verdeutlicht zudem, dass die Befehls- und Kommandogewalt durch ihre ausdrückliche Erwähnung als *lexis specialis* zur allgemeinen Ressortleitungsbefugnis (Art. 65 Satz 2 GG) anzusehen ist. Die verfassungsfeste Verankerung der Befehls- und Kommandogewalt in der Person des Bundesministers der Verteidigung entzieht diese zum einen Organisationsbefugnissen des Bundeskanzlers im Rahmen von Kabinettsbildungen, zum anderen einer Delegation des Bundesministers selbst im Rahmen seiner ansonsten weitgefassten Organisationskompetenz innerhalb des eigenen Ressorts als Teil der allgemeinen Ressortleitungsbefugnis.¹⁵ Der höchstpersön-

⁴ Vgl. BM Struck, Kurzprotokoll der 6. Sitzung des VtGA v. 15. 1. 2003, 6/27.

⁵ Art. 63 Abs. 1 RV 1871: »Die gesamte Landmacht des Reichs wird ein einheitliches Heer bilden, welches in Krieg und Frieden unter dem Befehle des Kaisers steht.« Art. 53 RV 1871: »Die Kriegsmarine des Reichs ist eine einheitliche unter dem Oberbefehl des Kaisers.«

⁶ Art. 47 WRV lautet: »Der Reichspräsident hat den Oberbefehl über die gesamte Wehrmacht des Reichs.«

⁷ Vgl. § 8 Abs. 2 des Reichswehrgesetzes v. 23. 5. 1921 (RGBl S. 329): »Der Reichspräsident ist oberster Befehlshaber der gesamten Wehrmacht. Unter ihm übt der Reichswehrminister Befehlsgewalt über die gesamte Wehrmacht aus. An der Spitze des Reichsheeres steht ein General als Chef der Heeresleitung, an der Spitze der Reichsmarine ein Admiral als Chef der Marineleitung.« Einzelheiten: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Komm. GG, 9. Aufl. 1999, Art. 65a Rz 2.

⁸ Vgl. die Verordnung v. 20. 8. 1919 (RGBl S. 1475); darin hatte der Reichspräsident den ihm verfassungsmäßig zustehenden Oberbefehl dem Reichswehrminister übertragen, sich hierbei aber das Recht vorbehalten, selbst unmittelbar Befehle zu erteilen.

⁹ Einzelheiten: Dreier, Komm. GG, 1998, Art. 65a Rz 1.

¹⁰ Vgl. Dreier ebd. mit Fundstellennachweisen.

¹¹ I. d. F. des 17. Gesetzes zur Ergänzung des GG v. 24. 6. 1968, BGBl I 709.

¹² Vgl. Sachs, Komm. GG, 3. Aufl. 2003, Art. 65a Rz 2.

¹³ Vgl. Sachs, Komm. GG, Rz 6; zur früheren Interpretation vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1914, S. 35 ff.

¹⁴ Vgl. BT-Drs. II/2150, S. 4 (2. Bericht des Rechtsausschusses), in der als Anliegen der Begriffsbildung »Befehls- und Kommandogewalt« klargestellt wird, »dass alle militärischen Befehls- und Kommandobefugnisse ihre Spitze in der Person des Verteidigungsministers finden«.

¹⁵ Ebs. v. Mangoldt/Klein, Komm. GG, 4. Aufl. 2000, Art. 65a Rz 3; v. Münch, Komm. GG, 3. Aufl. 1995, Art. 65a Rz 6.

liche Charakter, zugleich Ausdruck des politischen Primats, hindert wegen der ministeriellen Inkompatibilität des Art. 66 GG die Vertretung in dieser Funktion durch einen aktiven Soldaten, etwa den Generalinspekteur der Bundeswehr.¹⁶

Gleichwohl steht auch die Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt nicht außerhalb der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers sowie des Kollegialprinzips der Bundesregierung, Art. 65 Sätze 1 und 3 GG. So könnte etwa der Bundesminister der Verteidigung – vorbehaltlich der konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages – einem vom Bundeskanzler befürworteten und vom Bundeskabinett mehrheitlich beschlossenen Auslandseinsatz der Streitkräfte nicht unter Hinweis auf eine zum Veto recht ausgestaltete Befehls- und Kommandogewalt entgegenreten.

2. Inhalt der Befehls- und Kommandogewalt i. S. d. Art. 65a GG

Inhaltlich umfasst die Befehls- und Kommandogewalt alle mit der Führung und Organisation der Streitkräfte zusammenhängenden Angelegenheiten, soweit diese nicht von der Verfassung anderen Staatsorganen zugewiesen sind.¹⁷ So ist etwa hinzuweisen auf das dem Bundespräsidenten durch Art. 60 GG eingeräumte Ernennungs- und Begnadigungsrecht sowie seine Befugnis, Ehrenzeichen, Uniformen und die Dienstgradbezeichnung der Soldatinnen und Soldaten festzulegen.¹⁸

Es hat in der früheren rechtlichen Diskussion nicht an Versuchen gefehlt, das Begriffspaar »Befehls- und Kommandogewalt« inhaltlich aufzugliedern und sachliche Verschiedenheiten herauszuarbeiten. Ein historischer Erklärungsansatz ist der Hinweis auf den unterschiedlichen Begriffsgebrauch in der Weimarer Republik, der zwischen der »Befehlsgewalt« des Reichswehrministers und der »Kommandogewalt« des Chefs der Heeresleitung unterschied.¹⁹

Ein anderer, funktionaler Erklärungsansatz sieht in der »Befehlsgewalt« das allgemeinere Institut, in der »Kommandogewalt« hingegen die Befehlsgewalt aufgrund einer militärischen Dienststellung, nämlich dem »Kommando«.²⁰ Eine weitere, wohl herrschende Meinung sieht in der duplizierten Begriffsbildung eine Tautologie ohne eigenständigen Erkenntniswert.²¹

Die unterschiedlichen Auffassungen treffen sich jedoch in der Erkenntnis, dass sich aus dieser sprachlichen Differenzierung keine rechtlichen Unterschiede ableiten lassen. Entscheidend ist, dass nach allen Auffassungen die Befehls- und Kommandogewalt lückenlos den militärischen Zweig der Ressortleitung einschließlich der uneingeschränkten Befehlsmacht gegenüber Soldaten erfasst und damit ressorttypischer Bestandteil des allgemeinen ministeriellen Weisungsrechts geworden ist.²²

3. Feinstruktur

Ist eine Zerfaserung des Begriffs »Befehls- und Kommandogewalt« nach militärischen Kategorien nicht sinnvoll, verhält es sich bei der funktionalen Betrachtung des Begriffs, die den verfassungsrechtlich unterschiedlichen Funktionen des Ministeramtes folgt, anders:

Aus Art. 62 i. V. m. Art. 65 Satz 2 GG folgt, dass dem Bundesminister der Verteidigung verfassungsrechtlich eine Doppelfunktion als Mitglied des Kollegialorgans Bundesregierung (Regierungsfunktion) sowie eine exekutive Ressortleitungsbefugnis bezüglich seines Geschäftsbereichs einschließlich des ministeriellen Bereichs zugewiesen ist. Im Nachvollzug dieser verfassungsrechtlichen Funktionsaufspaltung weist § 14 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GO BReg) die Vertretung in der Regierungsfunktion einem dazu bestimmten Bundesminister, § 14 Abs. 3 GO BReg die Vertretung als Leiter einer obersten Bundesbehörde dem (beamteten) Staatssekretär zu.

Erstmals mit Kabinettsbeschluss vom 28. Oktober 1969, der – zuletzt mit Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 22. Oktober 2002 – seitdem fortlaufend erneuert wurde, ist klargestellt, dass diese Funktionsaufspaltung auch die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung erfasst: Der perpetuierende »Beschluss der Bundesregierung vom 22. Oktober 2002 über die gegenseitige Vertretung der Regierungsmitglieder« legt fest, dass der Bundesminister der Verteidigung durch »den Bundesminister des Auswärtigen (einschließlich der Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte)« vertreten wird.

Da die Befehls- und Kommandogewalt eine lückenlose exekutivische Anordnungsbefugnis über die Streitkräfte darstellt, folgt die Vertretung hinsichtlich der Befehls- und Kommandogewalt, soweit die sonstige administrative Grundfunktion berührt ist, den allgemeinen Regelungen, also regelmäßig einer Vertretung durch den beamteten Staatssekretär.²³ In den Fällen einer parlamentarischen Unterstützung bei den Regierungsaufgaben erfolgt insoweit eine Vertretung nach

¹⁶ Vgl. *Sachs*, Komm. GG, Art. 65a, Rz 15; *Jarras/Pieroth*, Komm. GG, 5. Aufl. 2000, Art. 65a, Rz 1 a. E.; *BT-Drs. II/2150, 4*; *M. Schröder* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 52, Rz 42.

¹⁷ *Dreier*, Komm. GG, Art. 65a Rz 11.

¹⁸ Vgl. *Kirchhof* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 78, Rz 11.

¹⁹ Vgl. *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Komm. GG, Art. 65 Rz 5.

²⁰ So *Kirchhof*, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 78, Rz 12.

²¹ Vgl. *Maunz/Dürig/Herzog*, Komm. GG, Art. 65a, Rz 20 m. w. N.; ebs. *Sachs*, Komm. GG, Art. 65a Rz 16.

²² v. *Mangoldt/Klein*, Komm. GG, Art. 65a, Rz 12; *BVerwG* v. 10.1.1973, E 46, 55 (58).

²³ Vgl. § 6 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien v. 26. 7. 2000.

näherer Festlegung des Bundesministers durch den jeweiligen Parlamentarischen Staatssekretär.²⁴

4. Zwischenergebnis

Für die Zielsetzung dieser Untersuchung ist demnach festzuhalten:

- Die Teilhabe Dritter, etwa sonstiger Bundesminister oder Ministerpräsidenten, an der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt ist wegen des höchstpersönlichen Charakters dieser Funktion, der eine ungeteilte parlamentarische Verantwortung korrespondiert, problematisch.
- Die verfassungsrechtlich zulässige Vertretung des Bundesministers der Verteidigung in der Befehls- und Kommandogewalt in »Renegade-Fällen« beurteilt sich danach, ob sich die Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt in einer solchen Situation als Teil der Regierungsfunktion oder als Teil der allgemeinen Ressortleitungsbefugnis darstellt. In keinem Fall ist jedoch eine Vertretung in dieser Funktion durch einen aktiven Soldaten zulässig.

II. Unteilbarkeit der Befehls- und Kommandogewalt

1. Subsidiarität bundesstaatlicher Hilfe gemäß Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG

Verfassungsrechtliche Grundlagen der Befehls- und Kommandogewalt in Friedenszeiten sind ihre personale Gebundenheit an den – zivilen – Bundesminister der Verteidigung, ein Delegationsverbot sowie die lückenlose parlamentarische Verantwortung für alle Maßnahmen, die im Ergebnis auf die Befehls- und Kommandogewalt zurückzuführen sind.

Terroristische Bedrohungen aus der Luft stellen sich für die davon Betroffenen als besonders schwere Unglücksfälle dar, ohne dass es bei dieser Folgenbetrachtung darauf ankäme, ob die Schadensereignisse durch Unfälle, technisches oder menschliches Versagen oder von Dritten absichtlich herbeigeführt werden.²⁵ Folgt man der darauf gegründeten Auffassung in Teilen der Literatur²⁶, ist in regionalen Katastrophenfällen Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG, in überregionalen Fällen Art. 35 Abs. 3 GG als verfassungsrechtliche Grundlage für einen Einsatz der Streitkräfte im Innern anzusehen. In diesem Falle offenbart sich allerdings folgende verfassungsrechtliche Konfliktlage:

Im Fall des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG ist das Land anforderungsberechtigt gegenüber den Streitkräften; dies bedeutet de iure und de facto, dass die Länder über das Ob des Streitkräfteeinsatzes entscheiden und als actus contrarius auch das Ende des Streitkräfteeinsatzes determinieren.

Legt man die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 3 GG zugrunde, wechselt zwar das Initiativrecht zur Anforderung auf die Bundesregierung, die den Ländern Weisungen erteilen kann, Streitkräfte einzusetzen. Durch die verfassungsrechtlich beigefügte Finalität des Einsatzes »zur Unterstützung der Polizei« bleibt es jedoch bei der materiellen Zuständigkeit der Bundesländer zur Gefahrenabwehr und der Entscheidung über die Art und Weise des Vorgehens, insbesondere über das Ob und den Zeitpunkt der hierbei zum Einsatz kommenden Mittel. Diese Zuständigkeit könnte zugleich als eine Zugriffs- und Verfügungsbefugnis über sämtliche bereitstehenden Mittel gedeutet werden. Geht man einmal davon aus, dass die Bekämpfung eines zivilen Flugzeuges, das sich in terroristischer Absicht im deutschen Luftraum befindet, nur durch den Einsatz der Luftwaffe erfolgen kann und sonstige polizeiliche Instrumentarien der Gefahrenabwehr erkennbar aussichtslos sind, liefe dies de facto auf den Einsatz der Luftwaffe unter polizeilichem Regime zur Gefahrenabwehr hinaus. Denkbar wäre in diesem Fall eine Unterstellung der Luftwaffe unter eine wie auch immer geartete Einsatzleitung der Polizei oder aber, den Einsatz der Luftwaffe durch den Bundesminister der Verteidigung vom Einvernehmen durch die Polizei, in ihrer Spitze repräsentiert von dem oder den Ministerpräsidenten, abhängig zu machen.

2. Die Befehls- und Kommandogewalt als domaine réservé des Bundes

Beide Varianten sind jedoch bei genauerer Betrachtung mit der Verfassungsregelung des Art. 65a GG unvereinbar: Im ersteren Falle ist evident, dass eine Unterstellung der Luftwaffe unter ziviles Regime die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung beseitigt und damit verfassungswidrig wäre. Aber auch im zweiten Fall wäre eine Teilhabe an der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt unvereinbar mit dem Prinzip der ungeteilten persönlichen Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt, die sich in der lückenlosen parlamentarischen Verantwortung des Bundesministers gegenüber dem Parlament widerspiegelt. Der Bundesminister der Verteidigung müsste auf diese Weise die politische Verantwortung nicht nur für eigene autonome Entscheidungen übernehmen, sondern den Anteil der Entscheidung, der dem oder den Ministerpräsidenten zuzurechnen ist, ebenfalls politisch verantworten. Verantwortet werden kann jedoch nur, was selbst gestaltet oder aber als Teil der Ressortverantwortung von Amts wegen mit zu verantworten ist.

3. Konvergenter Lösungsansatz

Eine Versöhnung beider verfassungsrechtlicher Bestimmungen, des Art. 35 Abs. 3 GG einerseits und des Art. 65a GG andererseits, die der effektiven Gefahrenabwehr verpflichtet ist, kann nur im Wege der prak-

²⁴ Vgl. § 1 Abs. 2 ParlStG i.V.m. § 14a GO BReg.

²⁵ Ebs. schon die Bewertung im Erlass Hilfeleistungen der Bundeswehr (...), VMBI 1988, 279, Ziff. 3.

²⁶ Vgl. Wiefelspütz (Anm. 1); a. A. jedoch Gramm (Anm. 2).

tischen Konkordanz erfolgen. Dies bedeutet, dass die Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt äußerstenfalls im Benehmen mit den zuständigen Entscheidungsträgern der Länder (und des Bundesministers des Innern) erfolgt; dies schließt auch eine unverzügliche nachträgliche Information im Rahmen des zeitkritisch Möglichen ein.

Das ausschließliche Entscheidungsrecht über den Einsatz der Luftwaffe mit den abgestuften Instrumentarien (1) Entscheidung über den Alarmstart, (2) Abfangen und Sichtidentifizieren durch die Alarmrotte, (3) Abdrängen mit der Zielsetzung, zur Landung zu zwingen, (4) Abgabe eines Warnfeuerstoßes sowie (5) Bekämpfung des Flugkörpers verbleibt danach im alleinigen Entscheidungsrecht des Bundesministers der Verteidigung.

Die in der Literatur sowie in der öffentlichen Meinung²⁷ zum Teil vertretene Auffassung, dass sich die Suche nach einer konkordanten Auslegung vermeiden ließe, wenn der Einsatz der Streitkräfte in Renegade-Fällen nicht in die Systematik des Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG eingefügt, sondern unter Beachtung des Art. 87a Abs. 2 GG als eigenständiger Tatbestand des Einsatzes der Streitkräfte im Innern konzipiert würde, wofür überwiegende Gründe sprechen dürften, braucht für die Zwecke dieser Untersuchung jedoch nicht weiter vertieft zu werden. Auch in diesem Falle wird die monopersonale Entscheidung über den Einsatz der Luftwaffe als Ausfluss der Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung – soweit ersichtlich – nicht in Frage gestellt.

III. Die Vertretung in der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt bei »Renegade-Fällen«

1. Allgemeine verfassungsrechtliche Grenzziehung zwischen Regierungsfunktion und allgemeiner Ressortleitungsbefugnis

Bei formaler Betrachtungsweise lässt sich als Kern der Regierungsfunktion die Mitwirkung im Kabinett sowie der Verkehr mit dem Bundestag qualifizieren.²⁸ In ähnliche Richtung zielt die Rechtsauffassung, die danach differenziert, ob es sich bei den zu vertretenden Handlungen um politische Akte der Staatsleitung oder um Fragen der ausführenden Verwaltung (alle »laufenden Geschäfte«) handelt.²⁹

Einen Beitrag zur rechtlichen Grenzziehung hat das Bundesverwaltungsgericht³⁰ geleistet. In dem zugrunde liegenden Verfahren stellte das Gericht fest, dass jedenfalls der Erlass von Dienstvorschriften über die Behandlung und Benutzung von Dienstfahrzeugen nicht zum regierungsrelevanten Bereich ministerieller Tätigkeit gerechnet werden könne und deshalb die Vertretung in der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt insoweit dem beamteten Staatssekretär unterliege.

Ein weiteres Abgrenzungskriterium bietet § 15 Abs. 1 GO BReg. der allgemein die Angelegenheiten bestimmt, die der Bundesregierung als Kollegialorgan zur Beratung und Beschlussfassung zuzuleiten sind, mithin also nicht mehr in die ausschließliche Ressortleitungsbefugnis des jeweiligen Bundesministers i. S. d. Art. 65 Satz 2 GG fallen. Regierungsrelevant i. S. d. Regelung sind danach »alle Angelegenheiten von allgemeiner innen- oder außenpolitischer, wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder kultureller Bedeutung«.

In der Gesamtbetrachtung dieser Kriterien lässt sich feststellen: Betrifft die Vertretung in der Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt innerministerielle Angelegenheiten administrativen Charakters mit fachlichem, personellem, organisatorischem oder haushaltsbezogenem Bezug, so erfolgt die Vertretung durch den beamteten Staatssekretär. Berührt die Vertretung hingegen ressortübergreifende Aspekte von überragender rechtlicher oder politischer Ausstrahlungswirkung, ist eine Vertretung in der Regierungsfunktion durch den hierzu bestimmten Bundesminister als erforderlich anzusehen. In diesem Falle werden die Befugnisse des Bundesministers der Verteidigung als Mitglied des Kollegiums Bundesregierung berührt.

2. Das Meinungsspektrum in der Fachliteratur

Eine ältere restriktive Auffassung³¹ definiert die Befehls- und Kommandogewalt ausschließlich als ressortinterne »Weisungsbefugnis über Personen«, die als »einsatzbereites, einheitliches Instrument zu fungieren haben«, und lässt daher eine Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt ausschließlich durch den beamteten Staatssekretär zu. Dies verengt die Befehls- und Kommandogewalt zum Nachteil der Regierungsfunktion auf den ressortspezifischen Aspekt. Eine solche Rechtsauffassung, die den Stand des Mai 1969 reflektiert, ist jedenfalls durch den zitierten Beschluss der Bundesregierung vom 28. Oktober 1969 und eine darauf aufbauende, mehr als dreißigjährige Staatspraxis, die ausdrücklich eine Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt durch den Bundesminister des Auswärtigen zulässt, soweit Regierungsfunktionen berührt sind, de iure und de facto überholt.

²⁷ Vgl. Papier, Präsident des Bundesverfassungsgerichts, in der FAZ v. 22. 2. 03: »Und deshalb wäre es meines Erachtens aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit angezeigt, eine eindeutige Rechtsgrundlage zu schaffen – etwa durch eine Ergänzung des Art. 35. Dies läge sicher auch im Interesse derjenigen, die dann die Entscheidung über den Einsatz der Bundeswehr treffen müssten.«

²⁸ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Komm. GG, Art. 65 a, Rz 18.

²⁹ Vgl. Klein, Ministerielle Weisungsbefugnis und Stellvertretung in der Befehls- und Kommandogewalt, JuS 1974, 362 ff. (364); Quaritsch, Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratischen parlamentarischen Staat, VVDStRL 26 (1968), S. 207 ff.

³⁰ BVerwG E 46, 55 ff (61).

³¹ A. A. Maunz/Dürig/Herzog, Komm. GG (Stand: Mai 1969), Art. 65 a, Rz 35.

Dem steht diametral die – zeitgleiche – Auffassung des früheren Verteidigungsministers und Bundeskanzlers Helmut Schmidt gegenüber: »Der Verfasser [i.e. Helmut Schmidt] hat im Bundestag am 21. September 1966 dargestellt, dass die Weisungsbefugnis der Befehls- und Kommandogewalt eine Gewalt sui generis und ihre de-facto-Übertragung auf den beamteten Staatssekretär verfassungswidrig sei. Er vertritt auch heute noch diese Ansicht.«³²

Teilweise wird die Rechtsauffassung vertreten, dass zwar die durch die Bundesregierung seit 1969³³ beschlossene Aufteilung der Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt nach Regierungs- und administrativer Funktion »zwar der Intention des Art. 65a« entspreche und »im Ergebnis wohl auch der Praxis entgegen« komme, rechtlich jedoch eine angreifbare Abänderung der GO BReg darstelle, da diese Modifizierung der GO BReg durch das Bundeskabinett nicht von dem verfassungsrechtlich verankerten Genehmigungsvorbehalt durch den Bundespräsidenten (Art. 65 Satz 4 GG) erfasst werde.³⁴

3. Bewertung

Im Ergebnis ist der Auffassung zu folgen, die eine Vertretung in der Kommandogewalt in Anlehnung an den perpetuierenden Beschluss der Bundesregierung funktional, d.h. nach dem administrativen oder regierungsbezogenen Regelungsziel, für zulässig hält und hiervon die Vertretung durch den Bundesminister des Auswärtigen oder den (beamteten) Staatssekretär abhängig macht.³⁵

Einmal abgesehen von der jederzeit möglichen Heilbarkeit des Genehmigungsvorbehalts durch den Bundespräsidenten, entspricht der erkennbar gewordene und politisch dokumentierte Regelungswille der Bundesregierung tradiert Staatspraxis und stellt zudem nicht einen gestaltenden, sondern lediglich einen klarstellenden Akt zur Interpretation der geltenden Verfassungslage dar, die der verfassungsrechtlich gewollten Doppelfunktion des Ministeramtes Rechnung trägt.

4. Auswirkungen dieses Ergebnisses auf Renegade-Fälle

Renegade-Fälle berühren Ausnahmesituationen in der Wahrnehmung gesamtstaatlicher Verantwortung.

Es liegt in diesem Falle eine Gefahr vor, deren wirksame Bekämpfung die polizeilichen Fähigkeiten eines Bundeslandes übersteigt und der selbst bei Hilfe der Polizeien anderer Länder, der Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes nicht wirksam begegnet werden kann. Diese Gefahr richtet sich primär gegen das höchste, durch die Verfassung zu schützende Rechtsgut, das menschliche Leben unbeteiligter Personen innerhalb und außerhalb des Flugzeugs, mittelbar aber auch als terroristischer Akt gegen die »Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit«; die ebenfalls gravierende Gefährdungslage für bedeutende Sachgüter tritt demgegenüber in den Hintergrund.³⁶

Im Ergebnis kann nach derzeitigem Erkenntnisstand eine wirksame Gefahrenabwehr nur durch einen Einsatz der Streitkräfte erreicht werden.

Bestehende verfassungsrechtliche Regelungen für vergleichbare Ausnahmesituationen, das in der Geschäftsordnung dokumentierte Selbstverständnis der Bundesregierung, die Staatspraxis im Fall der »Schleyer-Entführung« sowie die Berufung auf das »ungeschriebene staatliche Notrecht« als aktuelle Rechtsgrundlage für einen Einsatz der Streitkräfte in »Renegade-Fällen« erfordern, die Ausübung der Befehls- und Kommandogewalt der Regierungsfunktion zuzuordnen:

- Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG sehen den Einsatz der Streitkräfte bei Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen vor, um elementare Bedrohungen des menschlichen Lebens sowie von Sachwerten erheblichen Umfangs zu verhindern. Voraussetzung ist auch in diesen Fällen, dass ein einzelnes Bundesland oder aber mehrere Bundesländer selbst oder im Zusammenwirken mit den Polizeien anderer Bundesländer, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes zur Gefahrenabwehr außerstande sind.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass Art. 35 Abs. 3 GG in Fällen eines überregionalen Unglücksfalles der Bundesregierung die Kompetenz zuweist, den Ländern gegenüber Weisungen zu erteilen und über den Einsatz der Streitkräfte zu entscheiden. Dementsprechend hat die Bundesregierung als Kollegialorgan etwa über den Hochwassereinsatz entschieden und auf administrativer Ebene einen interministeriellen Ausschuss auf Staatssekretärs-Ebene eingesetzt. Dies hebt Fälle dieser Qualität sichtbar über den Verantwortungsbereich einer innerministeriellen Angelegenheit hinaus.

- Die Ultima-Ratio-Entscheidung über den Abschluss eines Zivilflugzeuges unter Inkaufnahme des Todes unbeteiligter Passagiere stellt die intensivste Form eines militärischen Einsatzes der Bundeswehr im Innern dar, die gemäß Art. 87a Abs. 2 GG unter dem Vorbehalt restriktiver verfassungsrechtlicher Er-

³² Helmut Schmidt, Militärische Befehlsgewalt und parlamentarische Kontrolle, in Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 437 ff. (448).

³³ Ursprünglicher Vertreter des Bundesministers der Verteidigung in der Regierungsfunktion unter Einschluss der Befehls- und Kommandogewalt i.S.d. Art. 65a GG war zunächst durch Kabinettsbeschluss v. 28. 10. 1969 der Bundesminister für Verkehr und für das Post- und Fernmeldewesen; vgl. BVerwG E 46, 55 (60).

³⁴ Zweifelnd daher v. Münch. Komm. GG, Art. 65a, Rz 18; Sachs, Komm. GG, Art. 65a Rz 23.

³⁵ Ebs. Klein, JuS 1974, 362 ff. (367); v. Mangoldt/Klein, Komm. GG, Art. 65a, Rz 18; Dreier, Komm. GG, Art. 65a, Rz 12.

³⁶ Vgl. BVerfG E 46, 160 (163) – »Schleyer-Entscheidung«.

mächtigung steht.³⁷ Die Entscheidung über diesen Einsatz hat politische Ausstrahlungswirkung und schließt eine Einordnung als »laufendes Geschäft« aus.

»Renegade-Fälle« müssen daher im Hinblick auf die hierbei gefährdeten überragenden Rechtsgüter und die gesamtstaatliche Bedrohungssituation als eine Angelegenheit von allgemeiner und innenpolitischer Bedeutung eingestuft werden, die – ohne Berücksichtigung des zeitkritischen Moments – einer Befassung und Beschlussfassung durch die Bundesregierung i. S. d. § 15 Abs. 1 GO BReg bedürfen.

- Eine weitere Einordnungshilfe bietet die politische und verfassungsrechtliche Bewertung des Entführungsfalls *Hans-Martin Schleyer*. Gegenstand jener Entscheidung war die »politische Entscheidung und Verantwortung für die Erfüllung und Ablehnung der Forderungen der Entführer« von Hans-Martin Schleyer; eng damit verbunden war eine Gefährdungslage für das Leben weiterer 91 Menschen nach der Entführung einer Lufthansa-Maschine.³⁸

Diese politische Dimension der terroristischen Bedrohung führte dazu, dass sämtliche Leitentscheidungen durch das *Bundeskabinett* in Wahrnehmung ihrer Regierungsfunktion getroffen wurden und zusätzlich die Einbindung der Opposition in den gesamten Entscheidungsprozess erfolgte.

- Die allgemeine Berufung auf das ungeschriebene staatliche Notrecht als aktuelle Rechtsgrundlage für

einen Einsatz der Streitkräfte in »Renegade-Fällen« kennzeichnet nicht nur die Einzigartigkeit einer solchen Ausnahmesituation, sondern setzt zugleich auch Maßstäbe, die grundsätzlich eine ressortübergreifende, in jedem Falle aber *politische Verantwortung* einer solchen Entscheidung erfordern.

IV. Zusammenfassung

Die Befehls- und Kommandogewalt liegt auch in Renegade-Fällen in der ungeteilten Verantwortung des Bundesministers der Verteidigung.

Die Vertretung in der Befehls- und Kommandogewalt stellt sich in diesem Falle als Teil der Regierungsfunktion des Bundesministers dar und obliegt nach gegenwärtiger Festlegung der Bundesregierung im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich zugewiesenen Geschäftsordnungsautonomie dem Bundesminister des Auswärtigen. Ist dieser verhindert, richtet sich die weitere Vertretung nach den zuletzt im Kabinettsbeschluss vom 22. Oktober 2002 festgelegten Anciennitätsregelungen.

³⁷ Auf die grundlegende Problematik der Vereinbarkeit eines zivilen Flugzeugabschusses durch die Streitkräfte mit dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der im Flugzeug befindlichen Passagiere und Terroristen i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kann im Rahmen dieser Untersuchung lediglich hingewiesen werden.

³⁸ BVerfG E 46, 160 (162).

Die Besonderheiten von Verwaltungsbetrieben als Erfahrungsobjekte der BWL

Teil 2*

Von Dipl.-Kaufmann Dipl.-Verwaltungswirt Dr. Karl-Heinz Seekatz, Koblenz

2. Verwaltungsbetriebe versus Unternehmen

Mit dieser dichotomen Begriffstypologie zum Erfahrungsobjekt Betrieb soll eine modellhafte Typologie erstellt werden, die Auffangtatbestände für alle in der Realität vorhandenen Institutionen bietet. Diese Typologie soll ermöglichen, dass durch eine klare Abgrenzung beider Erscheinungsformen genau die Besonderheiten herausgestellt werden, die den staatlichen Betrieben zu Eigen sind und die sie von Unternehmen eindeutig unterscheiden.

Es erfolgt die Definition der Begriffe, über eine kurze Betrachtung der Begriffskerne (2.1) und schließlich durch die Analyse der Rahmenbedingungen, insbe-

sondere der rechtlichen (2.2), unter denen die sozialen Systeme jeweils existieren und welche Konsequenzen sich daraus auf ihre Erscheinungsform im Einzelnen ergeben. Anschließend werden die jeweiligen Systemstrukturen sowohl innerbetrieblich als auch in Beziehung zu ihrer Umwelt untersucht. Hierbei wird auf das oben bereits zitierte Untersuchungsrastrer von *Chmielewicz* zurückgegriffen und zunächst die Systemzwecke bzw. -ziele (2.3), danach die sozialen Strukturen (2.4) sowie die Güterströme (2.5) und schließlich das Rechnungswesen (2.6) beider Betriebstypen betrachtet.

* Teil 1 s. UBWV 6/2004.