

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 678

Der Rechtsberater in der Bundeswehr

Von

Jens Eugen Baganz



Duncker & Humblot · Berlin

JENS EUGEN BAGANZ

Der Rechtsberater in der Bundeswehr

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 678

Der Rechtsberater in der Bundeswehr

Von

Jens Eugen Baganz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Baganz, Jens Eugen:

Der Rechtsberater in der Bundeswehr /
von Jens Eugen Baganz. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 678)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08191-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08191-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 (∞)

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist im Wintersemester 1993/1994 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich Juni 1994 berücksichtigt.

Für die wissenschaftliche Betreuung bin ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp, zu Dank verpflichtet. Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Knut Ipsen LL.D. h. c. danke ich für die Zweitberichterstattung.

Die Rechtsberatung in der Bundeswehr ist eine in der Öffentlichkeit — bedauerlicherweise — kaum bekannte und auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur nur stiefmütterlich behandelte Einrichtung. Die Bearbeitung des Themas wäre daher ohne Einsichtnahme in Verwaltungspraxis und -vorschriften nicht möglich gewesen. Den Rechtsberatern der Inspekture der Teilstreitkräfte, insbesondere aber dem ehemaligen Rechtsberater des Stellvertreters des Generalinspektors der Bundeswehr, Herrn Bundeswehrdiplomjurist Peter Wolf, schulde ich in diesem Zusammenhang Dank für die mir gewährten Einblicke in die Verwaltungsabläufe und viele erläuternde Hintergrundgespräche. Mein Dank gilt ferner Herrn Ministerialrat Dr. Eckart Busch, der mir aus seiner Tätigkeit als Rechtsberater wertvolle Kenntnisse vermittelte, sowie Herrn Bundeswehrdiplomjurist a. D. Dr. Karl Bayer, von dem ich ebenfalls hilfreiche Hinweise erhielt.

Schließlich habe ich den Verteidigungsministerien Frankreichs, Großbritanniens, Israels, Kanadas, Österreichs, Schwedens, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika zu danken, die mich unerwartet rasch und ausführlich über die in ihren jeweiligen Staaten geltende Rechtslage hinsichtlich des Einsatzes von Rechtsberatern informiert haben.

Das Buch ist zum Dank meiner Mutter gewidmet, die mich allein erzogen hat und deren Fürsorge und Aufopferungsbereitschaft beispielhaft waren.

Jens Eugen Baganz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
I. Die Geschichte der Militärjuristen: Die historischen Vorbilder des Rechtsberaters	17
1. Die Militärrechtspflege bis 1500	18
2. Der Schultheiß des mittelalterlichen Landsknechtheeres	19
3. Das Auditoriat im 17. und 18. Jahrhundert	22
4. Verstaatlichung der Militärrechtspflege und Einführung des Generalauditoriats	24
5. Das Auditoriat von den preußischen Heeresreformen bis zur Militärstrafgerichtsordnung für das Deutsche Reich vom 1. Dezember 1898	28
6. Der Kriegsgerichtsrat nach der Militärstrafgerichtsordnung für das Deutsche Reich vom 1. Dezember 1898	32
7. Die Heeresanwaltschaft der Weimarer Republik	35
8. Die Militärjuristen im Dritten Reich	37
9. Der Aufbau der Militärrechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland und die Entstehung der Einrichtung des Rechtsberaters	42
10. Die Entwicklung in der ehemaligen DDR	44
II. Die Rechtsgrundlagen der Einrichtung des Rechtsberaters	46
1. Die „Vorläufige Dienstweisung für die Rechtsberater bei der Truppe“	46
2. Art. 82 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I)	47
III. Rechtsstellung, Organisation, Unterstellungsverhältnisse, Aufgaben ..	53
1. Rechtsstellung	53
2. Organisation	54
3. Unterstellungsverhältnisse	57
4. Aufgaben	57
5. Die Sonderstellung der Rechtsberater des Stellvertreters des Generalinspektors der Bundeswehr, der Inspektoren der Teilstreitkräfte und des Sanitätsdienstes der Bundeswehr	63
6. Exkurs: Die Rechtsberater des Bundesgrenzschutzes	66

IV. Rechtsberater und Grundgesetz	67
1. Der Standort des Rechtsberaters in der Wehrverfassung	67
a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Organisationsbereiches Rechtswesen in der Bundeswehr	70
b) Die Zuordnung der Rechtsberater zu den Organisationsbereichen der Bundeswehr	73
aa) Rechtswesen in der Bundeswehr?	74
bb) Streitkräfte?	76
cc) Bundeswehrverwaltung?	84
2. Ist die Rechtsberatung militärischer Führer in der Bundeswehr ab einer bestimmten Kommandoebene verfassungsrechtlich gefordert?	93
a) Die erste Grundbedingung: Das Fehlen juristisch geschulten Fach- personals in den Streitkräften	95
aa) Der Verteidigungsauftrag der Streitkräfte als eine prinzipiell rechtsnormunverträgliche Materie	95
bb) Der Rechtsunterricht in den Streitkräften	102
cc) Die funktionsimmanente Diskrepanz von Verantwortung und juristischem Sachverstand auf der Ebene der Truppenführer der Bundeswehr	106
b) Die zweite Grundbedingung: Verminderte Wahrscheinlichkeit einer verwaltunggerichtlichen Kontrolle der Streitkräfte im Falle ihres Einsatzes in einem internationalen bewaffneten Konflikt	113
c) Exkurs: Sachverständige Beratung des Staates als Konkretisierung des rechtsstaatlichen Effektivitäts- und Rationalitätsgebots	119
aa) Sachverständige Beratung des Staates als Phänomen	121
bb) Verfassungsrechtliche Determinanten der sachverständigen Beratung der allgemeinen Staatsverwaltung	123
d) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt als Maßstab für Verfahren und Organisation der Exekutive	127
aa) Verfahren	129
bb) Organisation	134
e) Die Einrichtung einer sachverständigen Rechtsberatung in den Streitkräften als Gebot des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt	136
aa) Die „juristische Komponente“ des Rechtsanwendungsvorgangs und ihre Relevanz für die Streitkräfte	136
bb) Das „Rechtsschutzmonopol“ der Streitkräfte bei der Anwen- dung des Kriegsvölkerrechts in einem internationalen bewaff- neten Konflikt	140
cc) Schlußfolgerungen für Organisation und Verfahren der Streit- kräfte	142
(1) Organisation	143
(2) Verfahren	143
f) Ergebnis zu 2.	145
g) Anhang	146
3. Bedarf die Einsetzung und Tätigkeit von Rechtsberatern in der Bundes- wehr einer gesetzlichen Grundlage?	147
a) Art. 87 a Abs. 1 Satz 2 GG	150
b) Das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes	152

V. Das Verhältnis des Rechtsberaters zu seinen Vorgesetzten	157
1. Das Verhältnis von Rechtsberater und militärischem Führer als Spiegelbild der Verknüpfung von Rechtsstaat und Streitkräften (Beratungsverhältnis)	158
a) Der Kommandeur als Vorgesetzter des Rechtsberaters	160
aa) Der Kommandeur als „Vorgesetzter“ des Rechtsberaters (Beamter)	160
bb) Der Kommandeur als „unmittelbarer Vorgesetzter“ und „Disziplinarvorgesetzter“ des Rechtsberaters (Staboffizier)	164
b) Verbindlichkeit des Rechtsrats für den Kommandeur?	167
c) Rechtsfolgen fehlerhafter Beratung und der Nichtbeachtung eines zutreffenden Rechtsrats	169
aa) Rechtsfolgen fehlerhafter Beratung	169
bb) Rechtsfolgen der Nichtbeachtung eines zutreffenden Rechtsrats	173
2. Das Verhältnis von Rechtsberater und Leitendem Rechtsberater/Bundesminister(ium) der Verteidigung (Fachdienstverhältnis)	173
a) Die Aussagen der VorlDienstAnw zum Fachdienstverhältnis	174
b) Unabhängigkeit der Rechtsberater?	175
c) Der Leitende Rechtsberater/Bundesminister(ium) der Verteidigung als Vorgesetzte des Rechtsberaters	179
aa) Der Leitende Rechtsberater/Bundesminister der Verteidigung als „Dienstvorgesetzte“ des Rechtsberaters (Beamter)	179
bb) Der Leitende Rechtsberater/Bundesministerium der Verteidigung als „Vorgesetzte“ des Rechtsberaters (Beamter)	179
cc) Der Leitende Rechtsberater/Bundesministerium der Verteidigung als „Fachvorgesetzte“ des Rechtsberaters (Staboffizier)	181
d) Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit des fachdienstlich angeordneten (befohlenen) Rechtsrats	181
VI. Der Statuswechsel des Rechtsberaters im Verteidigungsfall	183
1. Voraussetzungen der Mob-Beorderung der Rechtsberater (Beamte) nach dem Wehrpflichtgesetz	183
a) Die Mob-Beorderung gedienter Rechtsberater gem. § 23 Abs. 1 WPfIG	184
b) Die Mob-Beorderung ungedienter Rechtsberater gem. § 49 Abs. 1 WPfIG	185
2. Vereinbarkeit der Mob-Beorderung der Rechtsberater mit der Verfassung?	187
a) Die Entscheidung der Verfassung für eine zivile, eigenständige Bundeswehrverwaltung (Trennungsprinzip)	188
b) Der Beurteilungsspielraum des Inhabers der Organisationsgewalt im Verteidigungsressort bei der Anwendung des Trennungsprinzips	191
c) Rechtsberatung und Befehlsprinzip?	200
VII. Rechtsberater und Art. 82 ZP I	205
1. Verpflichtung zur Bestellung von Rechtsberatern?	205
2. Qualifikation	207

3. Auf welchen Kommandoebenen müssen Rechtsberatungs-Dienststellen eingerichtet werden?	208
4. Aufgaben	209
5. Status	210
6. Standort des Rechtsberaters im Frieden und im Einsatzfall	210
7. Obligatorische Einschaltung?	211
VIII. Rechtsberatung der Streitkräfte im internationalen Vergleich — Ein Überblick	213
1. Großbritannien	213
2. Vereinigte Staaten von Amerika	214
3. Kanada	215
4. Frankreich	216
5. Schweden	216
6. Österreich	216
7. Schweiz	217
8. Israel	218
IX. Thesen	219
Anhang	224
Literaturverzeichnis	227

Einleitung

„Bei dem Stellvertreter des Generalinspektors der Bundeswehr, den Inspektoren der Teilstreitkräfte und dem Inspekteur des Sanitäts- und Gesundheitswesens sowie den Verbänden und Dienststellen der Streitkräfte von der Divisionsebene an aufwärts sind insgesamt 113 Rechtsberater als persönlicher Berater des Befehlshabers, des Amtschefs oder des Kommandeurs in dienstlichen Rechtsangelegenheiten eingesetzt. Die Rechtsberater bei den Einleitungsbehörden nehmen die Aufgaben des Wehrdisziplinaranwalts wahr.“

Mit diesen knappen Worten informierte der Jahresbericht 1989 der Bundesregierung¹ über eine bemerkenswerte Einrichtung der Bundeswehr, die in dieser Form in den deutschen Streitkräften bislang nicht bekannt war und die seit ihrer Geburtsstunde im Jahre 1956 eine ungewöhnlich erfolgreiche Entwicklung genommen hat. So konnte der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages schon 1972 in seinem Jahresbericht feststellen: „Die Institution der Rechtsberater hat sich nach meinen Erkenntnissen voll bewährt und ist aus dem Gefüge der Streitkräfte nicht mehr wegzudenken.“² Diese Überzeugung war nicht auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt. Spätestens seit den fünfziger Jahren zeigt sich weltweit eine Tendenz, in den Armeen Rechtsberater zur juristischen Unterstützung der Truppenführer einzusetzen. Ihren vorläufigen Abschluß hat diese Entwicklung am Ende der von 1974 bis 1977 in Genf tagenden *Diplomatischen Konferenz über die Neubestätigung und Weiterentwicklung des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts* gefunden: Art. 82 des von dieser Konferenz beschlossenen und heute von 128³ Staaten der Welt ratifizierten „Zusatzprotokoll(s) vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I)“ verpflichtet die Signatarstaaten sowie die an etwaigen Konflikten beteiligten Parteien, für die Verfügbarkeit von Rechtsberatern in ihren Armeen Sorge zu tragen.

Wenn auch speziell dem Amt des Rechtsberaters in der Bundeswehr bislang in der einschlägigen Judikatur und Literatur nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet

¹ *Presse- und Informationsamt der Bundesregierung*: Jahresbericht der Bundesregierung 1989, S. 413. In den Jahresberichten 1990 bis 1992 wird der Rechtsberater nur im Rahmen einer Aufzählung der „Organe der Rechtspflege“ der Bundeswehr erwähnt (S. 438, 383 und 439).

² Jahresbericht 1972 des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 7/334, S. 18.

³ Stand: 8. April 1994 (BGBl. 1994 Teil II, Fundstellennachweis B, S. 267 ff., und BGBl. 1994 Teil II, S. 509 f.).

wurde, so ist doch zu beobachten, daß im allgemeinen der Einfluß von Beratern auf Entscheidungsträger verstärkt in den Blickpunkt rechtswissenschaftlichen Interesses gerückt ist. Bei näherer Betrachtung stellt sich dieses Phänomen als eine nahezu unausweichliche Konsequenz der permanent zunehmenden Spezialisierung, Technisierung und Komplizierung fast aller Lebensbereiche dar: In dem Maße, in dem die Kompetenzlücke zwischen Entscheidungsträger und dem über den notwendigen Sachverstand verfügenden Berater immer größer wird, muß auch das Interesse an den Einflußmöglichkeiten des Beraters zwangsläufig wachsen. Für den staatlichen Bereich sind unter rechtlichen Gesichtspunkten zwei Denkansätze möglich: Verlagert sich das Schwergewicht des Entscheidungsprozesses infolge des Übergewichts seines Spezialwissens auf den Berater, so muß diese Tendenz im Lichte des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Besorgnis hervorrufen. Umgekehrt vermag die Vorstellung von entscheidungsberufenen Staatsbediensteten, die infolge der Überkomplexität der ihnen gestellten Aufgabe selbst bei optimaler Ausbildung nicht mehr über das zur Beherrschung ihres Bereiches notwendige Sachwissen verfügen können, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht weniger Unruhe auszulösen. Um die Aufhellung dieses zweiten Aspekts hat sich vor allem Winfried *Brohm* verdient gemacht. In seinem Beitrag über die „Sachverständige Beratung des Staates“ heißt es: „Die staatlichen Organe der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung bedürfen heute zur sachgerechten Bewältigung ihrer Aufgaben eines umfangreichen wissenschaftlichen und technischen Fachwissens. Mangels ausreichender eigener Spezialkenntnisse sind sie in zunehmendem Maße auf die Beratung durch Sachverständige angewiesen. Diese Tatsache bedingt einen einschneidenden Strukturwandel der staatlichen Entscheidungsbildung und Organisation, der noch der rechtlichen Aufarbeitung bedarf.“⁴ Während dieser von *Brohm* ventilierte Aspekt zur Implementierung des benötigten Sachverstandes förmlich drängt, um die „Richtigkeit“ staatlicher Entscheidung zu gewährleisten, scheint unter Berücksichtigung des Demokratieprinzips eher Vorsicht bei zu weitgehender Auslagerung des Gravitationszentrums staatlicher Entscheidungsprozesse angeraten zu sein. Es steht freilich zu erwarten, daß die tatsächliche Entwicklung eher zu einer Vergrößerung des Sachverständigenapparates neigen wird, der bereits schlagwortartig als „Vierte Gewalt“ apostrophiert worden ist⁵; die demokratische Wahlentscheidung verliert im gleichen Tempo ihr legitimatorisches Gewicht, da sie nur auf die Person des Beratenen, nicht aber auf die Zusammensetzung des Beraterstabes Einfluß nehmen kann.

Der wachsende Beratungsbedarf staatlicher Entscheidungsträger ist nicht auf das wissenschaftlich-technische, das ökonomische, ökologische und soziologische Areal beschränkt. Parallel zu den hier zu beobachtenden Komplexitätszu-

⁴ *Brohm*, Winfried: Sachverständige Beratung des Staates, in Isensee / Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 207-248 (208).

⁵ So *Vierhaus*, Hans-Peter: Sachverstand als Vierte Gewalt?, NVwZ 1993, S. 36-41.

wachsen bzw. als eine ihrer Folgen hat sich auch die „Verrechtlichung“ vieler Lebensbereiche beachtlich beschleunigt. Hat dies bereits in den siebziger Jahren zu Klagen über die wachsende „Normenflut“ geführt⁶, so läßt sich kaum sagen, daß dieser Tendenz seitdem Einhalt geboten worden ist: Noch 1987 sprach der damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages von einer „lawinenartig zunehmenden Flut von Gesetzen, Verordnungen, Erlassen und Dienstanweisungen“ sowie von „teilweise zu komplizierten, zu detaillierten und zu perfekten Vorschriften“.⁷ Die auf wachsendem Wohlstand beruhende Verkomplizierung der modernen Massengesellschaft auf allen Ebenen — so lautet die resignative Erkenntnis — geht scheinbar unausweichlich Hand in Hand mit einer permanent steigenden Zugriffsgeschwindigkeit und -intensität der staatlichen Rechtsordnung. Würden früher weite Bereiche des gesellschaftlichen Lebens ihren eigenen Selbstregulierungsmechanismen überlassen, so drängt die Gesetz- und Ordnungsgebung heute bis in deren entfernteste Winkel vor. Als ein beeindruckendes Beispiel aus jüngster Vergangenheit, welch gewaltigen Aufwandes die Harmonisierung zweier bis ins Detail regulierter Staatsmechanismen bedarf, mag der deutsch-deutsche Einigungsvertrag gelten.

In der Folge dieser „Verrechtlichung“ hat sich auch der Bedarf an rechtssachverständiger Beratung sprunghaft erhöht. Dies gilt einmal für den privaten Sektor: So indiziert die jährliche Steigerung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte⁸ nicht lediglich bildungspolitische Veränderungen, sondern wird gleichzeitig in erheblichem Maße durch eine wachsende Nachfrage nach Rechtsberatung absorbiert⁹; dies hat sogar dazu Veranlassung gegeben, in der „Rechtsberatungslehre“ einen „neue(n) Zweig der Wissenschaft“ sehen zu wollen.¹⁰ Auch in der Staatsorganisation hat diese Entwicklung ihre Spuren hinterlassen: Dort löst die ständig anwachsende Normenflut eine Sogwirkung aus, die sich in einer verstärkten Implementierung juristischen Sachverstands in den Behörden niederschlägt.¹¹ Diesem Befund wird noch nachzugehen sein.

⁶ Vgl. aus der umfangreichen Literatur *Lange*, Klaus: Eindämmung der „Vorschriftenflut“ im Verwaltungsrecht?, DVBl. 1979, S. 533-539; *Oschatz*, Georg-Berndt: Erscheinungen der Verrechtlichung in der Staats- und Kommunalverwaltung, DVBl. 1980, S. 736-743; *Vogel*, Hans-Jochen: Zur Diskussion um die Normenflut, JZ 1979, S. 321-325; *Weiß*, Hans-Dietrich: Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts, DÖV 1978, S. 601-608.

⁷ Vgl. *Helmrich*, Herbert: Entbürokratisierung, S. 299.

⁸ Am 1. 1. 1977 gab es 17.517, am 1. 1. 1994 70.438 Rechtsanwälte im Bundesgebiet.

⁹ Ein deutlicher Indikator für diesen Trend ist z. B. die Zahl der Anträge nach dem Beratungshilfegesetz (BGBl. 1980 Teil I, S. 689-691): Betrug sie im Jahre 1981 in Nordrhein-Westfalen 23.873, so war sie 1990 auf 71.992 hochgeschwollen (Quelle: Mitteilungsblatt der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf Nr. 6/91, S. 5).

¹⁰ Vgl. *Weimar*, Robert: Rechtsberatungslehre — Ein neuer Zweig der Wissenschaft, in Panou, S. / Bozonis, G. u. a.: Theory and Systems of Legal Philosophy, S. 197-204; *ders.*: Ansätze zu einer Rechtsberatungslehre, in Voigt: Das Recht und seine Wissenschaft, S. 123-140.

¹¹ S. Abschnitt IV.2.a)aa),cc).