



Thomas Blome

# Das Grundrecht auf Wehrgleichheit



PETER LANG

# 1. Teil Einleitung

Das Grundgesetz ermöglicht in seiner Wehrverfassung die Wehrpflicht. Davon hat der Gesetzgeber seit 1956 Gebrauch gemacht<sup>1</sup>, um die Staatsaufgabe „wirk-  
same Landesverteidigung“ gewährleisten zu können. Mit der Begründung der Wehrpflicht entstand für Gesetzgebung und Verwaltung jedoch eine Aufgabe, über deren Bewältigung zumindest Unsicherheit bestand und besteht: Die *Allgemeinheit* der Wehrpflicht.

Eindrucksvolle Anhaltspunkte für diese Unsicherheit konnten zuletzt dem Bericht des Bundesministers der Verteidigung entnommen werden. Danach leisten lediglich 15,4 %<sup>2</sup> der deutschen Männer (nicht etwa aller in Deutschland lebenden Menschen!) eines Jahrgangs Wehrdienst. Bereits dieser empirische Befund scheint in Konflikt mit der *allgemeinen* Wehrpflicht zu stehen. Folglich ist das Empfinden verbreitet, dass zwar eine Wehrpflicht besteht, allerdings keine *allgemeine* Wehrpflicht. Dieses Empfinden prägte sodann einen Begriff, der von der juristischen Fachdiskussion aufgegriffen und übernommen worden ist: die *Wehrgerechtigkeit*.

Diese Frage ist so alt wie die Bundeswehr<sup>3</sup>. Ihre Bedeutung für die Wehrpflicht betonte schon am 23. Juni 1972 der damalige Bundesminister der Verteidigung *Helmut Schmidt*: „Die politisch - psychologische Vorbedingung für die Beibehaltung des Wehrpflichtprinzips ist aber ein hohes Maß an tatsächlicher Allgemeinheit der Wehrpflicht oder, wie man auch sagt, ein hohes Maß an Wehrgerechtigkeit.“<sup>4</sup>

Trotz dieser Erkenntnis blieb umstritten, ob die Aufgabe der *Allgemeinheit* der Wehrpflicht erfüllt wird, so dass *Ingo von Münch* 1993 prognostizierte, dass das Thema Wehrgerechtigkeit ein altes und immer neues Thema<sup>5</sup> sei.

---

1 Wehrpflichtgesetz vom 21.07.1956, BGBl I, 651 ff.

2 Antwort der Bundesregierung, in: BT-Drs 17/1281.

3 So die *Beschlussempfehlung und der Bericht des Verteidigungsausschusses vom 09.04.1986*, in: BT-Drs 10/5299, I; auch *Arnold*, in: Ahammer/Nachtigall, Wehrpflicht, S. 172 (175): „Die vielbeschworene Wehrgerechtigkeit hat es nie gegeben!“

4 *Bundesminister der Verteidigung Schmidt*, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, 196. Sitzung, 23.06.1972, S. 11489 (11492).

5 v. *Münch* NJW 1993, 3244.

## A. Einführung in die Problematik

Auch wenn sich die Auseinandersetzung mit dieser Problematik offensichtlich größter Beliebtheit erfreut, scheint eine systematische Durchdringung bislang nicht gelungen zu sein.

Das Bundesverfassungsgericht wiederholt seit seinem Beschluss vom 5. November 1974<sup>6</sup> ostinat jeweils im Rahmen der Grundsätze der allgemeinen Wehrpflicht: „Die allgemeine Wehrpflicht ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgedankens. Ihre Durchführung steht unter der Herrschaft des Art. 3 Abs. 1 GG“<sup>7</sup>.

In anderem Zusammenhang spricht es vom „Verfassungsgebot der staatsbürgerlichen Pflichtengleichheit in Gestalt der Wehrgerechtigkeit“<sup>8</sup> als tragendem Fundament der allgemeinen Wehrpflicht.

Daraus wird etwa hergeleitet, dass Ausnahmen von der Wehrpflicht eng, überschaubar und normativ ausgestaltet werden müssen.<sup>9</sup> Ferner seien nur solche Wehrpflichtige als Kriegsdienstverweigerer anzuerkennen, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden könne, dass in ihrer Person die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG erfüllt seien.<sup>10</sup>

An einer erkennbaren dogmatischen Struktur fehlt es diesen Ergebnissen jedoch. Insofern hat auch die Literatur bislang wenig Unterstützung leisten können.

Gerade bei der Wehrpflicht bedarf es aber eines engmaschigen Argumentationsnetzes, um dem besonders *intensiven Eingriff* in Freiheitsgrundrechte gerecht werden zu können. Nicht zuletzt aus diesem Grund werden im liberalen Rechtsstaat die Grundpflichten der Bürger grundsätzlich zurückgedrängt. Werden sie dennoch in personell unregelmäßiger Art und Weise begründet, ist ein erheblicher Begründungsaufwand erforderlich.

Die Abhandlung bemüht sich daher um eine Systematisierung der bislang gewonnenen und die Entwicklung neuer Erkenntnisse sowie die Schaffung von Strukturen, welche die Bewältigung der Aufgabe „*allgemeine Wehrpflicht*“ erleichtern.

Behandelt werden unter diesem Gesichtspunkt ausschließlich Fragen der *allgemeinen personellen Heranziehung* zum Wehrdienst. Weitere (aktuelle) Fragen im Spannungsfeld der Wehrverfassung müssen ausgespart werden, wie etwa

---

6 BVerfGE 38, 154 (167); 48, 127 (161 ff., 166); 69, 1 (21 f.); so auch BVerwGE 92, 153 (155); 110, 40 (56).

7 Kritisch *Berg* AöR 107 (1982), 585 (602).

8 BVerfGE 48, 127 (166); 69, 1 (24, 36).

9 BVerfGE 38, 154 LS.

10 BVerfGE 69, 1 (21).

die Gleichbehandlung der Pflichtigen bei ihren Pflichten (Differenzierungen bei Verpflichtungen zu unterschiedlichen Diensten an unterschiedlichen Orten zu unterschiedlichen Zeiten usw.), die personelle Heranziehung unter freiheitsrechtlichen Erwägungen<sup>11</sup>, der (freiwillige) Zugang zu den Streitkräften (insbes. für Frauen<sup>12</sup>) oder kollektive Fragen des Streitkräfteeinsatzes, die das Verfahren (Zustimmung der Gesetzgebungsorgane<sup>13</sup>) und die Reichweite von Einsätzen betreffen.

## B. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung knüpft an die beschriebene Ausgangslage an. Nach einer thematischen Abgrenzung und der Klärung terminologischer Vorfragen (S. 5 ff.) werden wehrgleichheitsrechtliche Anhaltspunkte in der europäischen Verfassungsgeschichte dargestellt (S. 13 ff.). Anschließend erfolgt eine Zusammenfassung wehrgleichheitsrechtlicher Aussagen in Rechtsprechung (S. 19 f.) und Literatur (S. 20 ff.). Der Befund wird zum Anlass genommen, einen eigenen Ansatz zu entwickeln (S. 22 ff.), der zwischen Wehrpflicht- und Wehrdienstausnahmen (S. 27 ff.) unterscheidet und an einen neuen gleichheitsrechtlichen Ansatz anknüpft. Folglich wird statt der juristisch kaum greifbaren „Wehrgerechtigkeit“ von Wehrpflichtgleichheit und Wehrdienstgleichheit gesprochen. Ausgehend von diesem Ansatz werden Maßstäbe für das staatliche Handeln mit ihren normativen Verankerungen erarbeitet (S. 29 ff.). Sodann wird zunächst die Vereinbarkeit der (grund-) gesetzlichen Wehrpflichtausnahmen mit der Wehrpflichtgleichheit untersucht (S. 43 ff.). Anschließend erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung zunächst mit den (grund-) gesetzlichen Wehrdienstausnahmen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Wehrdienstgleichheit (S. 64 ff.). Letztlich werden an diesem Maßstab administrative Befreiungen geprüft (S. 139 ff.). Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (das Bundesverfassungsgericht hat diese Prob-

---

11 Dazu unter Beachtung einer veränderten sicherheitspolitischen Lage BVerfGE 105, 61 (72 f.); BVerwGE 110, 40 (51 f.); *Schmidt-De Caluwe/Heselhaus* NJW 2001, 2680 (2681); allg. *Tetzlaff*, Vom (un)möglichen Zustand des Wehrpflichtrechts, S. 151 ff.

12 EuGH NJW 2000, 497 ff.

13 Zur Zustimmungspflicht des Bundesrates *Sachs*, Die Bundeswehr als „Parlamentsheer“ – und der Bundesrat?, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 287 ff.

ematik zuletzt wiederholt ausdrücklich offen gelassen<sup>14</sup>) soll auch für die Verwaltung ein neuer transparenter Lösungsweg aufgezeigt werden.

Im 3. Teil widmet sich die Arbeit zwei Vorschlägen, welche die (unterstellte) Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Lage lösen sollen. Der erste Vorschlag ist die Einführung eines sozialen Pflichtjahres (S. 162 ff.), der zweite die Einführung einer Wehrabgabe (S. 206 ff.).

Insbesondere das soziale Pflichtjahr verdient angesichts der gegenwärtigen Diskussion über die Aussetzung der Wehrpflicht eine eingehende Prüfung. Denn mit der Aussetzung der Wehrpflicht geht die Aussetzung des - inzwischen vielfach für unverzichtbar gehaltenen - Zivildienstes einher. Dadurch hat dieser - wie zu zeigen ist - ältere Vorschlag erneut Konjunktur gewinnen können. Bei einem sozialen Pflichtjahr stellt sich aber die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 2 GG. Dabei handelt es sich um eine Verfassungsnorm, über die in Rechtsprechung und Literatur noch viele Unklarheiten bestehen. Insbesondere der Schutzgegenstand (S. 172 ff.) und der qualifizierte Gesetzesvorbehalt (S. 184 ff.) werden daher näher untersucht.

Zuletzt widmen sich die Überlegungen der Wehrabgabe, die sich ebenfalls auf eine längere - auch außerhalb des deutschen Raumes - Diskussion stützen lässt. Schwerpunkt dieser Überlegungen ist die Zuordnung zu einer Abgabenart (S. 212 ff.).

---

14 BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2004, 2297 (2298); BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) NVwZ 2010, 183.

## 2. Teil Das Grundrecht auf Wehrgleichheit

Das Grundrecht auf Wehrgleichheit wird als solches regelmäßig nicht anerkannt. Dieses Defizit sollen die folgenden Überlegungen beheben.

### A. Abgrenzungen und terminologische Vorfragen

Vor der dogmatischen Darstellung sind zunächst einige terminologische Vorfragen zu klären. Denn schon bei der Bestimmung der maßgeblichen Begriffe „Wehrpflicht“, „Wehrgerechtigkeit“ und der „Wehrpflichtausnahmen“ sowie der „Wehrdienstausnahmen“ besteht keine Klarheit.

#### I. Wehrpflicht

Beim Begriff der „Wehrpflicht“ ist umstritten, welche Pflichten er umfasst.

Das Bundesverfassungsgericht versteht alle Dienstleistungspflichten des Art. 12a Abs. 1 GG („Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband“) als Formen der Wehrpflicht.<sup>15</sup> Einige Stimmen in der Literatur zählen nur den Dienst in den Streitkräften und den Zivildienst dazu.<sup>16</sup> Die wohl herrschende Lehre beschränkt die Wehrpflicht auf den traditionellen Dienst in den Streitkräften nach Art. 12a Abs. 1 Var. 1 GG<sup>17</sup>.

Das Grundgesetz kennt den Begriff „Wehrpflicht“ nicht. In Art. 12a GG legitimiert es lediglich die Begründung von Pflichten durch den Gesetzgeber. Daher kann sich die Lösung nicht ausschließlich aus der Verfassung ergeben. Zwar ist dem Bundesverfassungsgericht zuzustimmen, dass Art. 12a Abs. 1 GG den Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz *und* in einem Zivilschutzverband erlaubt. Doch hat der Gesetzgeber davon nur eingeschränkt Gebrauch gemacht. Männer ab dem 18. Lebensjahr werden nicht zum Dienst im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet. Zudem besteht *originär* keine Pflicht zur Ableistung des Zivildienstes. Dies setzt eine Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen (vgl. Art. 12a Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 3 GG) voraus. Insoweit ist die Pflicht zum Dienst in den Streitkräften die einzige primäre Pflicht, die begründet wird. Der Zivildienst ist lediglich eine Sekundärpflicht. Somit beschränkt sich die Wehrpflicht - und damit einherge-

15 BVerfGE 48, 127 (161).

16 Gilbert Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 12a Rn. 17; Tetzlaff, Vom (un)möglichen Zustand des Wehrpflichtrechts, S. 21 f.; siehe § 3 Abs. 1 S. 1 WPflG.

17 Michael Sachs, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1040; Jörn Ipsen, in: BK, Art. 12a (2010) Rn. 30; Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12a (2001) Rn. 34.

hend das Grundrecht auf Wehrgleichheit - zunächst auf den Dienst in den Streitkräften. Bei der Bezeichnung des grundrechtlichen Maßstabs wird am gewohnten Präfix „Wehr-“ festgehalten.

## II. Gleichheit und Gerechtigkeit

Hinter dem Präfix „Wehr-“ hat sich in der öffentlichen Diskussion der Wortstamm „Gerechtigkeit“ verfestigt.<sup>18</sup> Der so entstandene Terminus „Wehrgerechtigkeit“ ist sodann von der juristischen Fachdiskussion übernommen worden. Diese Verzahnung von öffentlicher und wissenschaftlicher Untersuchung hat die Abgeordnete *Helga Daub* (unfreiwillig) zum Ausdruck gebracht: „Dass von Wehrgerechtigkeit nicht mehr gesprochen werden kann, ist keine neue Erkenntnis, auch nicht in diesem Haus. Mit dem Kölner Urteil wurde dies *lediglich juristisch untermauert*.“<sup>19</sup> (Hervorhebung durch Verfasser).

Die dadurch aufgeworfene Problematik betrifft die Rechtmäßigkeit der Verpflichtung von Personen *im Vergleich* zu nicht verpflichteten Personen. Der Terminus „Wehrgerechtigkeit“ impliziert jedoch eine breitere und vielschichtigere Fragestellung, weil das Ideal der Gerechtigkeit allem Recht, aller Rechtsanwendung und aller Rechtswissenschaft zugrunde liegt, die diese Bezeichnungen verdienen.<sup>20</sup>

Allgemeine „Gerechtigkeitsfragen“ (wie etwa die Frage nach der Gerechtigkeit von Krieg und Wehrpflicht überhaupt) werden in diesem Zusammenhang nicht erörtert. Bei genauer Untersuchung zeigt sich vielmehr, dass sämtliche Einzelgehalte der „Wehrgerechtigkeit“ (S. 19 ff.) gleichheitsrechtliche Fragen sind.<sup>21</sup> Daher ist bereits an dieser Stelle zu fragen, warum sich in der juristischen Diskussion - ausgehend vom Bundesverfassungsgericht - hinter das Präfix „Wehr-“ nicht der Wortstamm „Gleichheit“ etabliert hat.<sup>22</sup> Denn die Gerechtig-

---

18 Eine Distanzierung von diesem Begriff lässt sich allerdings der Parenthese in der Erklärung vom *Bundesminister der Verteidigung a. D. Helmut Schmidt*, Fn. 4, entnehmen: „Die politisch - psychologische Vorbedingung für die Beibehaltung des Wehrpflichtprinzips ist aber ein hohes Maß an tatsächlicher Allgemeinheit der Wehrpflicht oder, wie man auch sagt, ein hohes Maß an Wehrgerechtigkeit.“ (Hervorhebung durch Verfasser).

19 Abg. *Helga Daub*, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 15. Wahlperiode, 106. Sitzung, 30.04.2004, S. 9633.

20 *Kischel* AöR 124 (1999), 174 (179).

21 *Günter Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. III (1973) Rn. 115; *Hahnenfeld* BWV 1976, 121; *Münster DVBl* 2005, 789.

22 Ähnliches gilt für die sog. „Steuergerechtigkeit“.

keit ist ein universales Beurteilungskriterium, das nahezu jegliche begriffliche Kontur vermissen lässt.<sup>23</sup>

Dies liegt daran, dass hinter der Qualifikation einer Handlung oder Struktur als „ungerecht“ meist subjektive Empfindungen stehen. Regelmäßig ist dafür entscheidend, ob die jeweilige Abweichung zum eigenen Vorteil ist oder nicht.<sup>24</sup> Ein solcher Vorteil geht oft mit Nachteilen für andere einher, die ihrerseits für sich Gerechtigkeit einfordern.<sup>25</sup> An einer auf transparenten Kriterien basierenden Begründung fehlt es jedoch.<sup>26</sup> Insgesamt fungiert die Gerechtigkeit mehr als Bewertungs- und Orientierungsmaßstab für soziale Ordnungen aller Art gleichauf mit Wohlstand und Glück, von der staatlichen über die wirtschaftliche Ordnung bis hin zur Welt des Sports.<sup>27</sup> Der professionelle Jurist sollte daher beim Rückgriff auf die Gerechtigkeit zögern, um - wie es *Josef Isensee*<sup>28</sup> beschreibt - sich nicht auf „metarechtliches Glatteis“ zu begeben.

Indem bei der Wehrpflicht dieser interessengeprägte Begriff gleichwohl als juristischer Prüfungsmaßstab übernommen wird, wird gleichfalls die Konturenlosigkeit transferiert. Darunter hat nicht zuletzt die wissenschaftliche Durchdringung der Materie gelitten. *Jörn Ipsen* spricht folglich bei der „Wehrgerechtigkeit“ nicht mehr von einem juristischen Maßstab, sondern von einem „publizistischen Begriff“ oder einer „wehrpolitische(n) Zielvorstellung“.<sup>29</sup> Im Ergebnis hat diese Um-Etikettierung von gleichheitsrechtlichen, und damit grundrechtlichen, Fragen nur noch eine Debatte um bloße wehrpolitische Zielvorstellungen zur Folge.

Dadurch wird unter Missachtung der Kollisionsregel „lex specialis derogat legi generali“<sup>30</sup> die gleichheitsrechtlich entwickelte Dogmatik zu Gunsten von allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen umgangen, die einer juristisch-methodischen Lösung nur schwer zugänglich sind und die Reichweite des Grundrechtsschutzes kaum bestimmen können. Somit wird durch die Um-Etikettierung zur „Wehrgerechtigkeit“ der Grundrechtsschutz verkürzt. Sprachlich wird dies verdeutlicht, indem nur noch kollektivierend davon gesprochen

---

23 *Kluth*, Gerechtigkeit, S. 122 (123); ähnlich *Günter Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. I (1973) Rn. 28.

24 *Nicole Engels*, Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip, 2001, S. 78 f.

25 *Isensee*, Merten FS, S. 3 (5); vgl. bereits *Karl Marx*, Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei, in: Horn/Scarano, 2002, S. 293.

26 *Kluth*, Gerechtigkeit, S. 122 (123); *Isensee*, Merten FS, S. 3 (9); *Günter Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. I (1973) Rn. 341.

27 *Kluth*, Gerechtigkeit, S. 122.

28 *Isensee*, Merten FS, S. 3 (5).

29 *J. Ipsen* ZRP 1978, 153 (155).

30 Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 88 f.