

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 681

**Grenzen legislativer
Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen
des Wehrverfassungsrechts**

**Eine staatsrechtliche Analyse unter vergleichender Berücksichtigung
der schweizerischen Rechtslage**

Von

Dr. Oliver Fröhler



Duncker & Humblot · Berlin

OLIVER FRÖHLER

**Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit
in zentralen Fragen des Wehrverfassungsrechts**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 681

Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des Wehrverfassungsrechts

**Eine staatsrechtliche Analyse unter vergleichender Berücksichtigung
der schweizerischen Rechtslage**

Von

Dr. Oliver Fröhler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Fröhler, Oliver:

Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des
Wehrverfassungsrechts : eine staatsrechtliche Analyse unter
vergleichender Berücksichtigung der schweizerischen
Rechtslage / von Oliver Fröhler. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1995

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 681)


Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08436-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-08436-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

***Meiner Frau Ute, meiner Tochter Lisa
und meinen Eltern***

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1994/95 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen. Verwendete Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand vom 1. Januar 1995. Dank einer speziellen Genehmigung des Bundesministeriums der Verteidigung war es möglich, auch aus zwei bislang unveröffentlichten Statistiken des Wehrersatzwesens zu zitieren und damit gerade im Rahmen der Beurteilung der Problematik der "unechten" Kriegsdienstverweigerung größtmögliche Sachnähe zu erzielen. Auf Grund der großzügigen Unterstützung durch den Rechtsdienst des Eidgenössischen Militärdepartements konnten unmittelbar vor Drucklegung noch die neuesten Gesetzesänderungen für die schweizerische Streitkräfteumstrukturierung "Armeeleitbild 95" berücksichtigt werden.

Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Thomas Würtenberger, möchte ich zunächst für die fachliche Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens herzlichen Dank aussprechen. Darüber hinaus hatte meine in menschlicher Hinsicht überaus angenehme wie fachlich interessante Tätigkeit als Mitarbeiter seines Lehrstuhls während des rechtswissenschaftlichen Studiums, der Doktorandenzeit sowie des Referendariats wesentlichen Anteil am Gelingen dieser Dissertation.

Herrn Professor Dr. Jürgen Becker bin ich für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet.

Danken möchte ich schließlich dem Verlag Duncker & Humblot, namentlich Herrn Professor Norbert Simon, für die Aufnahme der Arbeit in die Verlagsreihe "Schriften zum Öffentlichen Recht" und Frau Heike Frank für die sorgfältige Bearbeitung des Manuskripts.

Die Arbeit ist meiner Frau Ute, meiner Tochter Lisa und meinen Eltern gewidmet, die mich - jeder auf die ihm eigene besondere Art und Weise -

nachhaltig unterstützt haben. Ohne sie hätte die Dissertation nicht in der vorliegenden Form entstehen können.

St. Märgen/Hochschwarzwald, im Februar 1995

Oliver Fröhler

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
I. Gegenstand der Untersuchung	23
II. Gang der Untersuchung	24
III. Aktualität des Themas	24
<i>Erster Teil</i>	
Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit bei der Entscheidung für oder gegen die Organisation einer militärischen Landesverteidigung	
	27
A. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Grundgesetzänderung zur vollständigen Auflösung der Streitkräfte	30
I. Die ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung der Streitkräfte in den Artt. 12a Abs. 1, 73 Nr. 1 und 87a Abs. 1 Satz 1 GG	30
II. Andere Verfassungsgrundsätze, die dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG unter- liegen, aber die Notwendigkeit von Streitkräften nicht ausdrücklich nennen	31
1. Allgemeine staatliche Pflichten zum abstrakten Schutz vor militärischen Aggressionen aus dem Ausland und ihr Verhältnis zu Art. 79 Abs. 3 GG	31
a) Aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. GG	32
aa) Grundgesetzänderung zur Auflösung der Streitkräfte als aktives Tun oder Unterlassen	32
bb) Schutzbereich	36
cc) Verhältnis zum Unabänderlichkeitsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG	39
b) Aus dem objektiven Wertgehalt derjenigen Grundrechte, die die staatliche Schutzpflicht nicht ausdrücklich vorschreiben, insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	40
aa) Schutzbereich	40
aaa) Betroffener Regelungsbereich	40
bbb) Herleitung einer ungeschriebenen Schutzpflicht.	43
(1) Abwehrrechtliche Begründung	44
(2) Begründung aus dem objektiv-rechtlichen Wertgehalt eines Grundrechts	44

(3) Eigene Stellungnahme	47
ccc) Das Verhältnis von Schutzpflichtauslösung und Beeinträchtigungszurechnung - zur Nachrüstung-Entscheidung des BVerfG (E 66, 39)	47
bb) Verhältnis zum Unabänderlichkeitsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG	50
c) Aus dem ureigensten Staatszweck der Erhaltung von Freiheit und Sicherheit	51
d) Aus dem Vertrauensschutzprinzip	54
aa) Schutzbereich	54
bb) Das Verhältnis zum Unabänderlichkeitsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG	55
2. Die maßgebliche Eintrittswahrscheinlichkeit militärischer Aggressionen als Auslöser für eine konkrete unabänderliche staatliche Schutzpflicht - die Entscheidung über das "Ob" von Schutzgewährung	57
a) Ausgangsproblematik	57
b) Allgemeine Kriterien zur Bestimmung der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefährdung	58
c) Spezielle Gefährdungskriterien bei militärischen Aggressionen	60
d) Subsumtion	62
aa) Allgemeine Ausgangsüberlegungen	62
bb) Die Lage im Nahen Osten	63
cc) Die Lage in der früheren Sowjetunion	65
3. Die Bestimmung der konkret notwendigen Schutzmaßnahmen - die Entscheidung über das "Wie" von Schutzgewährung	72
a) Politische Gestaltungsfreiheit bei der Maßnahmenbestimmung	72
aa) Herleitung der Gestaltungsfreiheit	72
aaa) Außenpolitisch	72
bbb) Gesetzgeberisch	73
ccc) Schutzpflichtbedingt	74
bb) Umfang der Gestaltungsfreiheit	75
b) Konsequenzen für die Bestimmung der konkret notwendigen Schutzmaßnahmen	75
aa) Denkbare Schutzmaßnahmen	75
bb) Subsumtion	76
aaa) Ausschließlich durch Diplomatie?	76
bbb) Zusätzlich durch passiven Widerstand?	76
ccc) Durch militärische Landesverteidigung	77
c) Sinnlosigkeit einer militärischen Landesverteidigung im Atomzeitalter?	79
4. Die Rechtsfolge aus der staatlichen Verpflichtung zur Aufstellung von Streitkräften	80

III. Die Durchsetzbarkeit der Schutzpflichten zur Organisation von Streitkräften	82
1. Durch Verfassungsbeschwerde	82
a) Als negatorische Klage oder als Normerlaßklage?	82
aa) Nach bereits erfolgter Auflösung der Streitkräfte - die Neuaufstellung von Streitkräften	83
bb) Vor einer Auflösung der Streitkräfte - die Beibehaltung von Streitkräften	84
b) Das Problem der subjektiven Rechte im Sinne der Antragsbefugnis	86
2. Durch sonstige verfassungsprozessuale Verfahrensarten	88
a) Konkrete Normenkontrolle	88
b) Abstrakte Normenkontrolle	89
c) Organstreitigkeit	89
IV. Besonderheiten nach schweizerischer Rechtslage	91
1. Formelle Voraussetzungen einer Verfassungsrevision - Partial- oder Totalrevision	91
2. Materielle Schranken einer Verfassungsrevision?	93
B. Völkerrechtliche Grenzen einer Grundgesetzänderung zur vollständigen Auflösung der Streitkräfte	98
I. Die völkerrechtliche Berechtigung eines Staates zur Organisation einer militärischen Landesverteidigung	98
II. Völkerrechtliche Verpflichtungen Deutschlands zur Aufstellung von nationalen Streitkräften	99
1. Aus einer allgemeinen Regel des Völkerrechts auf Schutzgewährung zugunsten der eigenen Staatsangehörigen gegenüber dem Ausland?	99
2. Aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	99
a) Grundsätzliche Beschränkung auf innerstaatliche Schutzansprüche?	99
b) Schutzbereich	100
c) Unzulässige europäische Einmischung in die nationale Sicherheitspolitik?	102
d) Rechtsfolgen	103
aa) Auf innerstaatlicher Ebene	103
bb) Auf völkerrechtlicher Ebene	104
3. Aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966	106
4. Aus dem Brüsseler-Vertrag	107
5. Aus dem NATO-Vertrag	109
III. Besonderheiten hinsichtlich der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz	111
1. Aus dem völkerrechtlichen Neutralitätsstatus der Schweiz	111

a) Ausgangsproblematik	111
b) Grundsätzliche Verpflichtung zur militärischen Abwehr von Neutralitätsverletzungen	112
c) Spezielle Verpflichtung zur präventiven Bereitstellung von Streitkräften	115
d) Rechtsfolgen	116
aa) Auf innerstaatlicher Ebene	116
bb) Auf völkerrechtlicher Ebene	117
2. Aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	119
C. Zusammenfassendes Zwischenergebnis	120

Zweiter Teil

Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit bei der Verwirklichung der militärischen Landesverteidigung durch eine bestimmte Wehrform

122

A. Die Wehrform der nationalen Streitkräfte - eine Bestandsaufnahme	124
I. Der Begriff der allgemeinen Wehrpflicht und seine Abgrenzung zum Wehrsystem der Freiwilligenstreitkräfte	124
1. Der Begriff der allgemeinen Wehrpflicht	124
2. Ausgestaltungsmöglichkeiten der allgemeinen Wehrpflicht und ihre Abgrenzung von der Wehrform der Freiwilligenstreitkräfte	127
a) Formen der allgemeinen Wehrpflicht	127
aa) Das Milizsystem	127
bb) Die stehenden Streitkräfte aus Kern- und Mantelverbänden	128
cc) Stehende Streitkräfte auf Basis der allgemeinen Wehrpflicht mit freiwillig längerdienenden Soldaten	128
b) Freiwilligenstreitkräfte	128
II. Die bestehende Rechtslage	129
1. Die bestehende Rechtslage in Deutschland	129
a) Die gesetzliche Entscheidung für die allgemeine Wehrpflicht	129
b) Die Wehrpflichtvoraussetzungen	131
c) Die Erfüllung der Wehrpflicht	131
aa) Durch Wehrdienst	131
bb) Durch Zivildienst	135
2. Die bestehende Rechtslage in der Schweiz	137
a) Die gesetzliche Entscheidung für die allgemeine Wehrpflicht	137
b) Die Wehrpflichtvoraussetzungen	139

c) Die Erfüllung der Wehrpflicht	139
aa) Durch Militärdienst	139
bb) Zum Sonderproblem des waffenlosen Militärdienstes	141
cc) Durch Militärpflichtersatz	142
III. Die historische Entwicklung der Wehrpflicht	143
1. In Deutschland	143
a) Die germanischen Stammesheere der Frühzeit	143
b) Die Epoche des Feudalismus im Mittelalter	145
c) Die Epoche der Wehrverfassungen in neuerer Zeit	148
aa) Die Zeit der nicht dauernd mit dem Staat verbundenen Söldnerheere	148
bb) Die Zeit der Bildung stehender Heere	150
cc) Die Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg	153
aaa) Das französische Vorbild	153
bbb) Die Entwicklung in Preußen und im Deutschen Reich	154
dd) Die Entwicklung zwischen den beiden Weltkriegen	157
ee) Die Wiederbewaffnung der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg	159
2. In der Schweiz	161
a) Die mit der deutschen Entwicklung identische Epoche der germanischen Stammesheere der Frühzeit	161
b) Vom Fränkischen über das Deutsche Reich zur alten Eidgenossenschaft ...	162
c) Von der Helvetischen Verfassung über die Mediationsverfassung bis in die Zeit der Restauration	164
d) Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874	165
IV. Zusammenfassendes Zwischenergebnis	166
B. Die allgemeine Wehrpflicht im Spiegel des Lebensrechts	168
I. Zielsetzung	168
II. Der durch die Wehrpflicht betroffene Schutzbereich des soldatischen Lebens- rechts	169
1. Typische Fallgruppen soldatischer Lebensgefährdungen - zum Regelungsbe- reich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	169
a) Im Frieden	169
b) In Konfliktfällen	170
aa) Die Auslandsnothilfe	170
bb) Die Landesverteidigung	171
c) Bedeutung dieser Differenzierung	172
d) Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchung	172

2. Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG innerhalb des Wehrverhältnisses	173
a) Apriorischer Ausschluß der Grundrechtsgeltung im Wehrdienstverhältnis?	174
aa) Durch den Sonderstatus des Wehrdienstverhältnisses?	174
bb) Durch die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zur Landesverteidigung?	176
aaa) Zur Ansicht von Podlech	176
bbb) Zur Ansicht von Lorenz	178
cc) Durch eine Grundpflicht zum Wehrdienst?	180
b) Schutzbereichsreduzierung nach Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz?	183
aa) Die Rechtsprechung des BVerfG	185
bb) Die Rechtsprechung des BVerwG	186
cc) Die Ansicht von Ernst Hesse	186
dd) Die Ansichten von Pieroth/Schlink und Schoch	186
ee) Eigene Stellungnahme	186
III. Der staatliche Eingriff in das Lebensrecht der wehrpflichtigen Soldaten	190
1. Der Eingriff als aktives Tun oder als Unterlassen	190
a) Die Ausgangssituation	191
b) Das spezifische Problem der Nachbesserung gesetzlicher Regelungen	194
2. Bestimmung des maßgeblichen Objektes, Mittels und Zeitpunktes des Eingriffs	196
a) Eingriffsobjekt	196
aa) Die auf Grund der Wehrpflicht Wehrdienst leistenden Soldaten	196
bb) Wehrdienst leistende Zeit- oder Berufssoldaten	196
aaa) Bisher vertretene Ansichten zu dieser Fragestellung	197
bbb) Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag	198
b) Eingriffsmittel	200
c) Eingriffszeitpunkt	202
3. Zur Mittelbarkeit des Eingriffs	202
a) Bislang vertretene Ansichten	202
b) Eigene Stellungnahme	203
aa) Umgehung der Problematik der Mittelbarkeit durch Verneinung der Eingriffsqualität mangels staatlicher Finalität von Lebensgefährdungen?	203
bb) Verneinung der Eingriffsqualität mangels Unmittelbarkeit der Lebensgefährdungen?	205
4. Verursachung einer wehrdienstspezifischen Lebensgefährdung durch die Tapferkeitspflicht wehrdienstpflichtiger Soldaten	207

a) Ausgangsproblematik	207
b) Für die Fallgruppe der Landesverteidigung	209
aa) Normative Gesichtspunkte	209
bb) Faktische Gesichtspunkte	210
aaa) Die Opfer des Zweiten Weltkrieges (1939 bis 1945)	213
(1) Sowjetische Verluste	213
(2) Polnische Verluste	214
(3) Französische Verluste	215
(4) Britische Verluste	216
(5) Deutsche Verluste	216
(6) Zwischenergebnis	218
bbb) Der Koreakrieg (1950 bis 1953)	218
(1) Nordkoreanische Verluste	219
(2) Südkoreanische Verluste	219
ccc) Der Vietnamkrieg (Zweiter Indochinakrieg, 1955 bis 1973/75) ..	220
(1) Verluste des Vietcong und Nordvietnams	221
(2) Südvinamesische Verluste	222
ddd) Der Zweite Golfkrieg (1991)	222
eee) Zwischenergebnis	223
c) Exkurs: Für die Fallgruppen des Wachdienstes im Frieden und des Aus- landseinsatzes	226
IV. Schranken des soldatischen Lebensrechts	226
1. Zur Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG im Wehrverhältnis	226
2. Die Ausfüllung des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG durch § 7 SG und die §§ 1 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Satz 1 WPflG	227
V. Die maßgeblichen Schranken-Schranken	227
1. Zur rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit des § 7 SG	227
a) Ausgangsproblematik	228
aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen	228
bb) Die Rechtsfolgen	229
b) Exkurs: Die Auslandseinsätze	230
c) Zwischenergebnis	233
2. Zur Wesensgehaltgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG	234
3. Zum Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG	235
4. Verhältnismäßigkeit	237
a) Die wehrdienstspezifische Lebensgefahr bei der Landesverteidigung	238
aa) Legislative Gestaltungsfreiheit und judicial self-restraint	238
aaa) Allgemeine Ausgangsüberlegungen	238
bbb) Die Feststellung vergangener und gegenwärtiger Tatsachen	241

ccc) Die Bewertung der vorliegenden Tatsachen im Rahmen von zukunftsorientierten Prognoseentscheidungen	244
(1) Allgemeine Grundsätze	244
(2) Subsumtion - Ausgangsproblematik	245
(a) Nach dem Sachinhalt	245
(b) Nach der Wertigkeit der betroffenen Grundrechtsposition der wehrdienstpflichtigen Soldaten	247
(c) Nach dem Gefährdungsgrad der betroffenen Grundrechtsposition der wehrdienstpflichtigen Soldaten	250
(d) Kumulation der Einzelkriterien zu einem Gesamtmaßstab	252
(e) Reichweite der Vertretbarkeitskontrolle	252
(3) Weitere Reduzierung des Kontrollmaßstabes wegen des späteren Prüfungszeitpunktes?	252
ddd) Ausnahmsweise gänzlicher Ausschluß der Verhältnismäßigkeitsprüfung?	257
(1) Bestandsaufnahme	257
(a) Die Ansicht des BVerfG	257
(b) Die Ansicht von Luchterhandt	258
(c) Die Ansichten von Giers und Kögel	258
(d) Die Ansicht von Baldus	258
(2) Kritische Würdigung	259
bb) Geeignetheit	263
aaa) Hinsichtlich der Lebensersatzpflicht aus § 7 SG	264
bbb) Hinsichtlich der die Lebensersatzpflicht aktualisierenden Wehrdienstpflicht aus § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Satz 1 WPfIG	265
(1) Hauptziel	265
(2) Nebenziele	266
cc) Erforderlichkeit	268
aaa) Zur Ausgangsproblematik	268
bbb) Die nach dem jeweiligen Realisierbarkeitsgrad von Freiwilligenstreitkräften gestufte Erforderlichkeitsprüfung	270
(1) Stufe 1: Bei Realisierbarkeit gleichstarker Freiwilligenstreitkräfte	270
(a) Gleiche Eignung	270
(aa) Konsequenzen unvollständiger legislativer Tatsachenfeststellung	271
(bb) Gleiche Eignung zur Verwirklichung der Hauptziele	273

(cc) Gleiche Eignung zur Verwirklichung der Neben- ziele	273
(aaa) Die Verhinderung einer Entwicklung der Streitkräfte zum militärischen Staat im Staate	274
(bbb) Die Schaffung einer die Gesellschaft reprä- sentierenden personellen Zusammensetzung der Streitkräfte	278
(ccc) Die Vermeidung der Rekrutierung eines ex- trem rechtsnational gesinnten Spektrums	279
(ddd) Die Begründung einer soldatischen Lei- stungsmotivation	279
(eee) Die Geringhaltung der Personalkosten	280
(fff) Die Wahrung des staatlichen Ansehens ge- genüber den Nachbarstaaten	281
(ggg) Die Aufrechterhaltung des sozialen Netzes? ..	282
(hhh) Sonstige Ziele	283
(dd) Zumutbarkeitserwägungen im Falle fehlender glei- cher Eignung	283
(b) Geringere Belastung	288
(2) Stufe 2: Bei Realisierbarkeit personell lediglich schwächerer Freiwilligenstreitkräfte, deren Stärke jedoch eine effektive Landesverteidigung noch ermöglicht	292
(3) Stufe 3: Bei Realisierbarkeit lediglich schwächerer Freiwilligenstreitkräfte, deren Stärke keine effektive Landesverteidigung mehr ermöglicht	295
b) Exkurs: Die wehrdienstspezifische Lebensgefahr im Wachdienst und bei Auslandseinsätzen	297
aa) Der Wachdienst	298
bb) Die Auslandseinsätze	299
VI. Eventuelle Rechtfertigung durch die Verfassung selbst	300
1. Ausgangsproblematik	300
2. Die Variante der Verfassungswidrigkeit einer Verfassungsnorm	301
a) Prüfungsmaßstab	302
b) Das grundsätzliche Verhältnis von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu Art. 79 Abs. 3 GG	302
c) Besonderheiten im Falle der Beibehaltung einer unverhältnismäßigen Wehrpflicht	303
3. Die Auslegungsvariante	305

a) Nach dem Wortlaut	305
b) Nach der Systematik	306
c) Im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte	306
4. Rechtfertigung durch Art. 20 Abs. 1 GG?	309
a) Zum Sozialstaatsprinzip	310
b) Zum Demokratieprinzip	310
5. Zwischenergebnis	311
VII. Besonderheiten nach schweizerischer Rechtslage	311
VIII. Erkenntnisse aus der rechtsvergleichenden Betrachtung	314
IX. Zusammenfassendes Zwischenergebnis	315
C. Die allgemeine Wehrpflicht im Spiegel der Pflichtengleichheit	319
I. Zielsetzung	319
II. Zum Begriff der Pflichtengleichheit	320
III. Vergleichs paar	320
IV. Grundsätzliche Vergleichbarkeit	323
V. Ungleichbehandlung	324
1. Tatbestände der Ungleichbehandlung	325
a) Einfache Dienstbelastungen	325
b) Lebensgefährdende Dienstbelastungen	326
2. Die der Wehrdienstpflicht immanenten Ungleichbehandlungstatbestände	329
3. Fallgruppen ohne unmittelbare Bedeutung für das grundsätzliche Fortbestehen der Wehrpflicht	330
VI. Willkürfreie Bestimmung der wesentlichen Sachverhaltsmerkmale	331
1. Ausgangsproblematik	331
2. Der gesetzlich vorgesehene Idealfall der sogenannten <i>echten</i> Kriegsdienstverweigerung	333
a) Zur Terminologie der <i>echten</i> und <i>unechten</i> Kriegsdienstverweigerung	333
b) Denkbare verfassungskonforme Differenzierungskriterien	334
c) Die Bestimmung des maßgeblichen Differenzierungskriteriums	335
d) Die Konsequenzen für die Ungleichbehandlung	336
3. Der gesetzlich nicht vorgesehene Fall der <i>unechten</i> Kriegsdienstverweigerung	337
a) Das Zins-Versteuerungs-Urteil des BVerfG vom 27. 6. 1991	339
b) Zur Übertragbarkeit der Erkenntnisse aus dem Zins-Versteuerungs-Urteil auf die Konstellation der Wehrpflicht	342
c) Vollzugsdefizit bei der Wehrdienstpflicht	346
aa) Die rechtliche Grenze einer zulässigen Typisierung	346
bb) Faktisches Vollzugsdefizit	347
aaa) Indizien	348

(1) Die Entwicklung der jährlichen Anzahl von Kriegsdienstverweigerungsanträgen	348
(2) Die Anerkennungsquote	351
(3) Statistischer Vergleich zu den anderen NATO-Staaten	355
(4) Steuerung durch Dritte	357
(5) Anonymisierung des Anerkennungsverfahrens	358
bbb) Öffentliche Stellungnahmen	359
(1) Durch das BVerfG	359
(2) Durch die Bundesregierung	360
(3) Durch den Wehrbeauftragten	363
(4) Durch den Bundespräsidenten	364
(5) Durch die Mitglieder des Parlamentarischen Rates	365
(6) Durch das Schrifttum	366
d) Zurechnung zu Lasten des Gesetzgebers	368
VII. Rechtfertigung durch andere Verfassungsnormen?	370
1. Die spezielle Wehrpflichtgestattung nach Art. 12a Abs. 1 GG	370
a) Ausgangsproblematik	370
b) Art. 12a Abs. 1 GG als verfassungswidrige Verfassungsnorm?	371
c) Verfassungskonforme Auslegung des Art. 12a Abs. 1 GG?	372
d) Historisch-systematische Auslegung des Art. 12a Abs. 1 GG	374
2. Die allgemeine staatliche Schutzpflicht zur militärischen Landesverteidigung	376
a) Höherrangigkeit	376
b) Alternativen zum derzeit bestehenden Wehrpflichtsystem	378
aa) Anderweitige Sicherstellung der Landesverteidigung unter Beibehaltung eines Wehrpflichtsystems	378
aaa) Beseitigung des Vollzugsdefizites durch Modifizierung des Anerkennungsverfahrens für Kriegsdienstverweigerer auf der Vollzugsebene der Wehrdienstpflicht?	379
(1) Der Begriff des Gewissens	380
(2) Denkbare Methoden zur Gewissensüberprüfung	381
(a) Die Narcoanalyse	381
(b) Persönliches Prüfungsgespräch	381
(c) Die Gewissensprobe	382
bbb) Vermeidung des Vollzugsdefizites der Wehrdienstpflicht durch Abschaffung des Kriegsdienstverweigerungsrechts?	384

- ccc) Das schweizerische Modell des waffenlosen Militärdienstes für Verweigerer aus Gewissensgründen - Vermeidung des Vollzugsdefizits der Wehrdienstpflicht durch Modifizierung der Rechtsfolge einer Kriegsdienstverweigerungsanerkennung 387
 - (1) Das schweizerische Modell des waffenlosen Militärdienstes.. 387
 - (2) Die konkreten Vorteile eines waffenlosen Militärdienstes innerhalb der deutschen Rechtsordnung 389
 - (3) Die Verfassungskonformität der Ersatzdienstpflicht zu einem waffenlosen Militärdienst 390
 - (a) Art. 4 Abs. 3 GG 390
 - (b) Art. 12a Abs. 2 Satz 3 GG 391
 - (c) Das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG 392
 - (d) Bedarfsdeckung und allgemeiner Gleichheitssatz 396
 - (aa) Allgemeine Ungleichbehandlung der vom Bedarfsplan erfaßten und der davon nicht erfaßten Wehrdienstpflichtigen 397
 - (bb) Spezielle Ungleichbehandlung der lediglich zu waffenlosem Militärdienst und der zu uneingeschränktem Militärdienst zur Verfügung stehenden Wehrdienstpflichtigen 398
- ddd) Zwischenergebnis 400
- bb) Anderweitige Sicherstellung der Landesverteidigung durch Umstrukturierung zu Freiwilligenstreitkräften 400
 - aaa) Die beiden Organisationsformen von Freiwilligenstreitkräften ... 401
 - (1) Freiwilligenstreitkräfte, denen keine allgemeine Dienstpflicht zugrunde liegt 401
 - (2) Freiwilligenstreitkräfte, denen eine allgemeine Dienstpflicht zugrunde liegt 402
 - bbb) Grundsätzliche Vereinbarkeit von Freiwilligenstreitkräften mit Art. 3 Abs. 1 GG 403
 - ccc) Die vom jeweiligen Realisierbarkeitsgrad der Freiwilligenstreitkräfte abhängigen Rechtsfolgen 403
 - (1) Bei der Realisierbarkeit zur Landesverteidigung ausreichend starker Freiwilligenstreitkräfte 404
 - (2) Bei einem Realisierbarkeitsgrad von Freiwilligenstreitkräften, der die zur Landesverteidigung erforderliche Mindeststärke nicht erreichen kann 404
- VIII. Zusammenfassendes Zwischenergebnis 405

D. Verfassungsgerichtliche Durchsetzbarkeit und tatsächliche Realisierbarkeit von Freiwilligenstreitkräften	409
I. Zielsetzung	409
II. Die einschlägigen verfassungsprozessualen Verfahrensarten	409
III. Legislative Gestaltungsfreiheit und judicial self-restraint - zum Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz	410
1. Umfang der Kontrollkompetenz	410
2. Evidenz des Realisierbarkeitsgrades von Freiwilligenstreitkräften?	412
a) Offenkundige Realisierbarkeit von Freiwilligenstreitkräften?	413
aa) Der Vergleich mit der Reichswehr der Weimarer Republik	413
bb) Der Vergleich mit dem Ausland	414
cc) Die aktuelle Längerdienendenquote in der Bundeswehr	415
b) Offenkundig ausgeschlossene Realisierbarkeit von Freiwilligenstreitkräften?	416
3. Die jeweiligen Konsequenzen aus den einzelnen in Betracht kommenden legislativen Prognoseentscheidungen	416
a) Bei nicht vertretbarer gesetzgeberischer Einschätzung der Aussichtslosigkeit einer hinreichenden Freiwilligenanwerbung	418
b) Bei vertretbarer gesetzgeberischer Einschätzung der Aussichtslosigkeit einer hinreichenden Freiwilligenanwerbung	420
IV. Eigener Modellvorschlag für ein Freiwilligensystem	421
1. Vorschlag eines Modells zur Bedarfsermittlung	423
a) Dauerhafter personeller Gesamtbedarf	423
b) Jährlicher Bedarf pro Geburtenjahrgang	427
aa) Ausgangsproblematik	427
bb) Jährlicher Bedarf an Funktionspersonal im aktiven Dienst	428
cc) Jährlicher Bedarf an einfachem Militärpersonal im aktiven Dienst	428
dd) Zwischenergebnis für den aktiven Dienst	429
ee) Jährlicher Bedarf an Funktionspersonal im Reservestatus	429
ff) Jährlicher Bedarf an einfachem Militärpersonal im Reservestatus	430
gg) Zusammenfassung des jährlich anzuwerbenden Gesamtbedarfs	431
c) Die Sonderproblematik der Erstaufstellung von Freiwilligenstreitkräften	432
2. Vorschlag zur Schaffung von Anwerbungsanreizen	433
a) Materielle Anreize	433
b) Zugrundelegung einer allgemeinen Dienstpflicht	435
3. Vorschlag eines Übergangsmodells für eine schrittweise Umstrukturierung hin zu einem Freiwilligensystem	437
V. Zusammenfassen des Zwischenergebnis	439

	<i>Schluß</i>	
	Zusammenfassung der Thesen	442
Literaturverzeichnis		454

Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Arbeit verfolgt das Ziel, die "Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des Wehrverfassungsrechts" zu entwickeln.

Hierbei werden zwei Kernprobleme unterschieden: Zum einen muß untersucht werden, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich dazu verpflichtet ist, eine militärische Landesverteidigung zu organisieren. Zum anderen stellt sich die Frage, welche grundrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung einer Landesverteidigung durch eine bestimmte Wehrform zu beachten sind.

Die Untersuchung wird durch die vergleichende Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage ergänzt. Dieser rechtsvergleichende Gesichtspunkt bietet sich insofern an, als die Schweiz das eigene Wehrpflichtsystem im Gegensatz zu Deutschland zum einen als Miliz¹ und zum anderen derzeit noch ohne das Zugeständnis eines zivilen Ersatzdienstes für Kriegsdienstverweigerer² ausgestaltet hat, der Untersuchung mithin die gesamte Bandbreite denkbarer Wehrpflichttypen zugrunde gelegt werden kann.

¹ Art. 13 Abs. 1 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) lautet: "Der Bund ist nicht berechtigt, *stehende* Truppen zu halten". Einzelheiten dazu unten 2. Teil: A. II. 2.

² Zunächst sieht die schweizerische Verfassung im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 3 GG kein *Grundrecht* auf Kriegsdienstverweigerung vor. Der im Jahre 1992 neu eingefügte Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV, der zur einfachgesetzlichen Einführung eines zivilen Ersatzdienstes ermächtigt, wird angesichts der Regelung des Art. 49 Abs. 5 BV lediglich als objektiver Gesetzgebungsauftrag verstanden; vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. 6. 1994, SR 94.063, Nr.143. In Art. 49 Abs. 5 BV heißt es sogar: "Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten"; dazu *J. P. Müller*, Grundrechte, S. 61 ff. Gleichwohl regelt Art. 10bis des Bundesgesetzes über die Militärorganisation (MO) zumindest einen waffenlosen Militärdienst für diejenigen, denen ihr Gewissen die Tötung eines anderen Menschen mit der Waffe verbietet. Einzelheiten dazu unten 2. Teil: A. II. 2. c) bb) und 2. Teil: C. VII. 2. b) aa) ccc) (1).

II. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Arbeit fragt nach den Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit bei der Entscheidung für oder gegen eine militärische Landesverteidigung. Dabei wird insbesondere untersucht, ob der Gesetzgeber auf - wie auch immer organisierte - Streitkräftestrukturen gänzlich verzichten darf oder ob umgekehrt eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Organisation einer militärischen Landesverteidigung besteht.

Der zweite Teil befaßt sich mit möglichen Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung einer militärischen Landesverteidigung durch eine bestimmte Wehrform. In diesem Zusammenhang wird geklärt, ob sich der Gesetzgeber nach politischem Belieben frei zwischen Wehrpflichtsystem und Freiwilligenstreitkräften entscheiden kann oder vielmehr verfassungsrechtlich zu einer bestimmten Wehrform verpflichtet ist. In Form einer Bestandsaufnahme werden dabei zunächst denkbare Wehrformen definiert und die derzeit in Deutschland und in der Schweiz bestehenden Wehrpflichtsysteme erläutert sowie ihre historische Entwicklung dargestellt. Anschließend wird die Wehrform der Wehrpflicht zum einen am Maßstab des Lebensrechts und zum anderen am Grundsatz der Pflichtgleichheit auf ihre Verfassungskonformität untersucht. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Durchsetzbarkeit und tatsächlichen Realisierbarkeit von Freiwilligenstreitkräften als Alternative zum Wehrpflichtsystem ist abschließender Gegenstand dieses zweiten Teils der Arbeit.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der zuvor erarbeiteten Thesen.

III. Aktualität des Themas

Seit Beendigung des Kalten Krieges und damit verbundener Auflösung des Warschauer Paktes zu Beginn der neunziger Jahre wird die Notwendigkeit einer organisierten militärischen Landesverteidigung zunehmend in Frage gestellt. Bereits im unmittelbaren Vorfeld dieser weltsicherheitspolitischen Veränderungen votierte beispielsweise in der Schweiz im Jahre 1989 mehr als ein Drittel der abstimmenden Bürger, obschon die Schweizer als besondere Militärbefürworter gelten³, für die völlige Abschaffung der schweizerischen Streitkräfte⁴.

Die Frage nach der verfassungsrechtlich und politisch richtigen Wehrform spielte in Deutschland vor allem zur Zeit der Wiederbewaffnung in den fünfziger Jahren eine wichtige Rolle⁵. Die jüngsten militärorganisatorischen Umstrukturierungspläne in den NATO-Bündnisstaaten der Niederlande und Belgiens⁶ für ein Freiwilligenstreitkräftesystem, der dramatisch zunehmende weltweite Bedarf an UNO-Einsätzen und die anlässlich der Wiedervereinigungsfinanzierung kritischer gewordene deutsche Haushaltslage, die nach einer deutlichen personellen Reduzierung der aktiven Militärkontingente verlangt⁷, lassen in Deutschland die Diskussion über eine Ersetzung des Wehrpflichtsystems durch Freiwilligenstreitkräfte an Aktualität gewinnen. Auch in der Schweiz gibt es erste militärstrukturelle Veränderungsbestrebungen. So wird beispielsweise die Aufstellung eines aus freiwilligen Soldaten bestehenden Kontingents für die Beteiligung an UN-Einsätzen geplant⁸, das die schweizerische Bevölkerung jedoch in einer Abstimmung vom 12. Juni 1994 vorerst abgelehnt hat⁹. Es ist vorstellbar, daß dieses derzeit auf Auslandseinsätze beschränkte Planungsprojekt, für den Fall, daß es in einer späteren Volksabstimmung doch noch angenommen wird und sich entsprechend bewährt, auch auf die Aufgabe der Landesverteidigung ausgedehnt werden könnte.

In dieser höchst aktuellen Diskussion möchte diese Arbeit durch die Ermittlung von "Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des

³ Das grundsätzlich ausgesprochen positive Ansehen des schweizerischen Militärs in der eigenen Bevölkerung erklärt sich aus dem helvetischen Unabhängigkeitsstreben. Über Jahrhunderte hinweg war es ausschließlich der Armee zu verdanken, daß das heutige schweizerische Volk nicht durch die nachbarstaatlichen Monarchien unterjocht wurde. Zu den Einzelheiten in diesem Zusammenhang ausführlich unten 2. Teil: A. III. 2.

⁴ Bei der Abstimmung am 26. 11. 1989 votierten 64,4 % gegen und 35,6 % für die Abschaffung der Streitkräfte. In den Kantonen Genf und Jura gab es mit 50,4 % bzw. 55,5 % sogar eine regionale Mehrheit gegen die Armee. Dazu ausführlich Archiv der Gegenwart 1989, 33988 A 2.

⁵ Dazu umfassend *Seidler/Reindl*, S. 38 ff.

⁶ Die belgische Regierung Dehaene beschloß am 3. 7. 1992, die Wehrpflicht zum 1. 1. 1994 abzuschaffen und gegen Freiwilligenstreitkräfte zu ersetzen. Dazu ausführlich Archiv der Gegenwart 1992, 37030 A 3 (37032). Zur Entwicklung in den Niederlanden Archiv der Gegenwart 1993, 37514 A 1.

⁷ FAZ vom 29. 11. 1993, S. 2.

⁸ *Agostinis*, in: Badische Zeitung vom 12. 6. 1993, S. 4.

⁹ Badische Zeitung vom 13. 6. 1994, S. 1.