

**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

<b>Einleitung</b>	<b>23</b>
I. Gegenstand der Untersuchung .....	23
II. Gang der Untersuchung .....	24
III. Aktualität des Themas .....	24
<i>Erster Teil</i>	
<b>Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit bei der Entscheidung für oder gegen die Organisation einer militärischen Landesverteidigung</b>	
	<b>27</b>
<b>A. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Grundgesetzänderung zur vollständigen Auflösung der Streitkräfte</b> .....	<b>30</b>
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>B. Völkerrechtliche Grenzen einer Grundgesetzänderung zur vollständigen Auflösung der Streitkräfte . . . . .</b>	<b>98</b>
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
<b>C. Zusammenfassendes Zwischenergebnis .....</b>	<b>120</b>

### *Zweiter Teil*

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

122

<b>A. Die Wehrform der nationalen Streitkräfte - eine Bestandsaufnahme .....</b>	<b>124</b>
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>B. Die allgemeine Wehrpflicht im Spiegel des Lebensrechts .....</b>	<b>168</b>
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
<b>C. Die allgemeine Wehrpflicht im Spiegel der Pflichtengleichheit .....</b>	<b>319</b>
I. Zielsetzung .....	319
II. Zum Begriff der Pflichtengleichheit .....	320
III. Vergleichspaar .....	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

<b>D. Verfassungsgerichtliche Durchsetzbarkeit und tatsächliche Realisierbarkeit von Freiwilligenstreitkräften</b> .....	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>	
	<b>Zusammenfassung der Thesen</b>	442
<b>Literaturverzeichnis</b> .....		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 Miliz<sup>1</sup> und zum anderen derzeit noch ohne das Zugeständnis eines zivilen Ersatzdienstes für Kriegsdienstverweigerer<sup>2</sup> ausgestaltet hat, der Untersuchung mithin die gesamte Bandbreite denkbarer Wehrpflichttypen zugrunde gelegt werden kann.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. 10<sup>bis</sup> 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 gelten<sup>3</sup>, für die völlige Abschaffung der schweizerischen Streitkräfte<sup>4</sup>.

Die Frage nach der verfassungsrechtlich und politisch richtigen Wehrform spielte in Deutschland vor allem zur Zeit der Wiederbewaffnung in den fünfziger Jahren eine wichtige Rolle<sup>5</sup>. Die jüngsten militärorganisatorischen Umstrukturierungspläne in den NATO-Bündnisstaaten der Niederlande und Belgiens<sup>6</sup> 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 verlangt<sup>7</sup>, 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 geplant<sup>8</sup>, das die schweizerische Bevölkerung jedoch in einer Abstimmung vom 12. Juni 1994 vorerst abgelehnt hat<sup>9</sup>. 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

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

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

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> FAZ vom 29. 11. 1993, S. 2.

<sup>8</sup> *Agostinis*, in: Badische Zeitung vom 12. 6. 1993, S. 4.

<sup>9</sup> Badische Zeitung vom 13. 6. 1994, S. 1.