

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wehrrechtlicher Vorschriften 2011
(Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 – WehrRAendG 2011 – BT-Drucks.
17/4821)

I. Verfassungsrechtliche Prämissen

1. Art. 12 a Abs. 1 GG als Ermächtigung des Gesetzgebers

Nach Art. 12 a Abs. 1 GG können Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden. Entgegen der insoweit nicht völlig eindeutigen Formulierung enthält Art. 12 a Abs. 1 GG eine Ermächtigung an den Bundesgesetzgeber, entsprechende Pflichten durch Gesetz einzuführen. Das Grundgesetz begründet keine verfassungsunmittelbaren Pflichten, sondern enthält Ermächtigungen an den Gesetzgeber, die im Einzelnen aufgeführten Pflichten – gegebenenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – einzuführen.

Vgl. *J. Ipsen*, in: Bonner Kommentar, Art. 12 a GG (Zweitbearbeitung), 2010, Rdnr. 9.

Art. 12 a GG weicht insofern von der Tradition deutscher Verfassungsgebung ab, nach der die Wehrpflicht überwiegend durch die Verfassung selbst begründet worden ist.

Nachweise bei *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a GG, Rdnr. 9, Fn. 46.

Die *Ermächtigung* des Gesetzgebers zur Einführung der Wehrpflicht hat zur Folge, dass die Wehrpflicht durch entsprechendes Gesetz auch wieder abgeschafft – oder suspendiert – werden kann, weil eine Ermächtigung nicht gleichbedeutend mit einem *Gesetzgebungsauftrag* ist. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass es sich bei der Wehrpflicht um eine *verfassungsrechtliche* Pflicht handelt. Als verfassungsrechtliche Pflichten sind solche Pflichten zu begreifen, die ihre Grundlage im Grundgesetz finden. Da es zur Aktualisierung der Wehrpflicht aber eines Gesetzes bedarf, handelt es sich zwar um eine *verfassungsrechtliche*, aber nicht um eine *verfassungsunmittelbare* Pflicht, sodass die Wehrpflicht als *actus contrarius* zu ihrer Einführung auch durch *einfaches* Bundesgesetz abgeschafft – oder suspendiert – werden kann.

2. Grundrechtsrelevanz der Wehrpflicht

Schon aufgrund des systematischen Zusammenhangs in Art. 12 a GG und dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) wird die besondere Grundrechtsrelevanz der Wehrpflicht – und anderer Dienstleistungspflichten – deutlich. In der Kommentarliteratur werden die Regelungen des Art. 12 a GG gewöhnlich als *Einschränkungen* der Berufsfreiheit gewertet.

Vgl. W. Heun, in: Dreier, Grundgesetz – Kommentar, I, 2. Aufl. 2004, Art. 12 a Rdnr. 11 m. w. N.

Diese Kennzeichnung ist zumindest ungenau, weil das Grundrecht der Berufsfreiheit für Wehrpflichtige und Zivildienstleistende während der Dauer ihres Dienstes nicht nur *eingeschränkt*, sondern *suspendiert* ist.

Vgl. J. Ipsen, Staatsrecht II – Grundrechte, 13. Aufl. 2010, Rdnr. 690.

Während des Wehrdienstes – Gleiches gilt für den Ersatzdienst – hat der Wehrpflichtige keine Möglichkeit, einen Beruf zu wählen oder auszuüben bzw. eine entsprechende Ausbildung anzustreben (Art. 12 GG). Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG) ist für Wehrpflichtige – schon wegen der Kasernenpflicht – suspendiert. Neben diesen suspendierten Grundrechten finden sich weitere Grundrechtseinschränkungen, die sich auf Wehrpflichtige und Ersatzdienstleistende beziehen, in Art. 17 a GG.

Die Wehrpflicht stellt damit den nachhaltigsten Eingriff in Grundrechte dar, den unsere Verfassungsordnung für eine generell bezeichnete Gruppe – nämlich für Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an – kennt.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Wehrpflicht

Da die Wehrpflicht eine verfassungsrechtliche, aber keine verfassungsunmittelbare Pflicht darstellt, bedarf ein Gesetz, mit dem die allgemeine Wehrpflicht begründet wird, der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Angesichts des Art. 12 a GG ist das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung stets Versuchen entgegengetreten, Einwände gegen die Wehrpflicht aus anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen – oder Grundsätzen – herzuleiten.

Vgl. nur BVerfGE 12, 45 (50); 48, 127 (160 f.); vgl. letzthin BVerfGE 105, 61 (71 f.); BVerfG, EuGRZ 2002, 204.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stellen indes nur Momentaufnahmen dar, die nicht zuletzt die zum Zeitpunkt ihres Ergehens verteidigungspolitische Situation

widerspiegeln. Insofern kann nicht damit gerechnet werden, dass sich die Wehrpflicht unter gewandelten außen- und verteidigungspolitischen Bedingungen ohne weiteres rechtfertigen lässt.

Nach Art. 87 a Abs. 1 Satz 1 GG stellt der Bund Streitkräfte zur *Verteidigung* auf. Die Wehrpflicht ist also nur solange zu rechtfertigen, wie die Streitkräfte zahlenmäßig zur *Verteidigung* einen solchen Umfang haben müssen, der durch andere Formen der Rekrutierung nicht gedeckt werden kann. Es kann hierbei offen bleiben, ob es sich im eigentlichen Sinne um eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips handelt, dessen Anwendbarkeit das Bundesverfassungsgericht angesichts des Art. 12 a GG in Zweifel gezogen hat.

So BVerfGE 105, 61 (71 f.).

Da es sich bei der Wehrpflicht gerade nicht um eine verfassungsunmittelbare Pflicht handelt, ist der Bundesgesetzgeber bei Einführung und Aufrechterhaltung der Wehrpflicht seinerseits zur Prüfung verpflichtet, ob diese zur *Verteidigung* erforderlich ist.

4. Der Grundsatz der Pflichtengleichheit („Wehrgerechtigkeit“)

Angesichts der Intensität des Grundrechtseingriffs für die von der Wehrpflicht Betroffenen kommt bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und der verwaltungspraktischen Handhabung dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG eine besondere Bedeutung zu, der im Zusammenhang mit Art. 12 a Abs. 1 GG sich zu einem Grundsatz der *Pflichtengleichheit* verdichtet.

Die gleichmäßige Heranziehung von Wehrpflichtigen zu den nach Art. 12 a Abs. 1 GG zulässigen Diensten ist ein Problem von größter verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Relevanz. Nicht zufällig hat die Frage seit Einführung der Wehrpflicht Politik,

Vgl. BT-Drucks. 14/5950; 14/6232; 16/1566; 16/1760; 16/10691; 16/10805.

Rechtsprechung,

Vgl. BVerfGE 38, 154; 48, 127; 69, 1; 5, 61; weitere Nachw. bei *J. Ipsen*, BK, Art. 12 a, Rdnr. 73, Fn. 129.

und Schrifttum

Nachw. Bei *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a, Rdnr. 73, Fn. 130.

nachhaltig beschäftigt.

Der Grundsatz der Pflichtengleichheit bedeutet, dass prinzipiell jeder Wehrpflichtige, der tauglich ist, zum Wehrdienst herangezogen werden muss. Angesichts der Eingriffsintensität des Wehrdienstes bedürfen Wehrdienstausnahmen einer besonderen Rechtfertigung. Soweit derartige Ausnahmen nicht greifen, besteht eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, alle tauglichen Wehrpflichtigen eines Jahrgangs zum Wehrdienst einzuziehen. Aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben – etwa der Ausbringung von Stellen im Haushaltsplan des Verteidigungsministeriums – ist absehbar, dass nur ein Teil der zum Wehrdienst zur Verfügung stehenden Wehrpflichtigen eingezogen werden kann (und soll) und liegt hierin bereits eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung.

So *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a, Rdnr. 73.

Ein sog. „Auswahlwehrdienst“, nachdem nur Wehrpflichtige eines bestimmten Tauglichkeitsgrades eingezogen werden, verstößt evident gegen den Grundsatz der Pflichtengleichheit nach Art. 12 a Abs. 1 GG.

Vgl. hierzu schon *K. Ipsen*, Auswahlwehrdienst und Grundgesetz, ZRP 2001, S. 469.

Sofern aufgrund der verteidigungspolitischen Rahmenbedingungen nur eine geringe Zahl der zur Verfügung stehenden Wehrpflichtigen eingezogen werden und der Wehrdienst im Übrigen – wie schon gegenwärtig – auf sechs Monate verkürzt worden ist, lässt sich die Wehrpflicht verfassungsrechtlich (nicht mehr) rechtfertigen.

II. Gesetzgeberische Konsequenzen

1. Suspendierung der Wehrpflicht

Der Bundesgesetzgeber würde – sofern der Gesetzentwurf der Bundesregierung verabschiedet wird – die verfassungsrechtlich gebotenen Folgerungen aus der gegenwärtig feststellbaren verteidigungspolitischen Lage ziehen. Gesetzestechnisch wird die Geltung der §§ 3 bis 53 des Wehrpflichtgesetzes suspendiert. Nach Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs gelten die §§ 3 bis 53 des Wehrpflichtgesetzes jedoch im Spannungs- und Verteidigungsfall. Der Verteidigungsfall setzt nach Art. 115 a Abs. 1 GG voraus, dass das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht. Der Spannungsfall (Art. 80 a Abs. 1 GG) ist eine Gefahrenlage, die sich zum Verteidigungsfall entwickeln kann und deshalb besondere Maßnahmen erfordert, die in der Vergangenheit als „Mobilmachung“ bezeichnet worden sind.

Ebenso wie der Verteidigungsfall wird er vom Bundestag festgestellt. Die Regelung des Gesetzentwurfs bedeutet deshalb, dass mit der Feststellung des Bundestages – oder seiner Surrogate – die Vorschriften §§ 3 bis 53 des Wehrpflichtgesetzes wieder in Kraft treten. Der Gesetzentwurf enthält damit eine regelungstechnische Konstruktion, die bereits im Gesetz zur Neuregelung der Vorschriften über den Bundesgrenzschutz (BGSNeuRegG) vom 19. Oktober 1994

Vgl. BGBl. I S. 2978.

gewählt worden ist. Die §§ 48 bis 61 des Gesetzes über den Bundesgrenzschutz in der Fassung vom 18. August 1972 sind nur anwendbar, wenn der Deutsche Bundestag zuvor durch Beschluss zugestimmt hat (Art. 3 Abs. 2 BGSNeuRegG). Durch diese Vorschrift ist die Grenzschutzdienstpflicht folglich *suspendiert* worden und kann nur durch Beschluss des Bundestages erneut aktualisiert werden. Insofern konnte der Gesetzentwurf auf ein bereits erprobtes Modell zurückgreifen.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in anderen Fällen des Einsatzes von Streitkräften, wie sie Gegenstand des Parlamentsbeteiligungsgesetzes (ParlBG) vom 24. März 2005 sind,

Vgl. BGBl. I S. 775.

die entsprechende Zustimmung des Deutschen Bundestages zu Auslandseinsätzen *nicht* Voraussetzungen des Verteidigungs- bzw. Spannungsfalles erfüllt und deshalb auch nicht zum Wieder-Inkrafttreten der genannten Vorschriften des Wehrpflichtgesetzes führen kann.

2. Freiwilliger Wehrdienst

Mit dem in Abschnitt Sieben des Entwurfs zum Wehrpflichtgesetz vorgesehenen „Freiwilligen Wehrdienst“ würde der Gesetzgeber einen neuen Weg beschreiten und neben dem Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit und dem bisherigen Wehrpflichtverhältnis ein echtes *tertium* begründen. Verfassungsrechtlich würde sich der Gesetzgeber außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 12 a GG bewegen, weil das gemeinsame Kennzeichen aller in dieser Vorschrift geregelten Dienstleistungen der *Zwang* ist. Bei freiwillig Wehrdienstleistenden handelte es sich andererseits nicht um Soldaten auf Zeit, sondern um eine eigene Kategorie, die Anklänge an das herkömmliche Wehrdienstverhältnis aufweist, sich von ihm jedoch grundlegend durch das Fehlen einer gesetzlichen Verpflichtung unterscheidet.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt zweifelsfrei aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG, weil es sich um ein der „Verteidigung“ dienendes Gesetz handelt. Da sich der Gesetzgeber – wie erwähnt – außerhalb des Gewährleistungsbereichs des Art. 12 a GG bewegt, sind bei Einführung des freiwilligen Wehrdienstes nur Grundrechte zu berücksichtigen, die allgemeine Geltung besitzen, insbesondere der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Hier mag sich im Gesetzgebungsverfahren noch eine Diskussion entwickeln, ob der freiwillige Wehrdienst im Vergleich zum Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit hinreichend „attraktiv“ ausgestaltet ist. Allerdings ist Art. 3 Abs. 1 GG nach der sog. „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts nur verletzt,

„wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“
So BVerfGE 55, 72 (88); std. Rspr.

Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht lassen sich schon aufgrund der Genese des Gesetzentwurfs feststellen. Der freiwillige Wehrdienst stellt eine Art „Ersatzdienst“ für den bisherigen Wehrdienst dar. Im Gegensatz zur Verpflichtung als Zeitsoldat üben freiwillige Wehrdienstleistende keinen Beruf im Sinne des Art. 12 GG aus, sondern erfüllen aufgrund eigener Entscheidung einen Dienst an der Allgemeinheit. Die Parallele zum Freiwilligen Sozialen Jahr liegt auf der Hand. Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Dienstform das Ziel, einerseits die als notwendig erachtete Mannschaftsstärke der Streitkräfte zu sichern, andererseits aber auch ein Rekrutierungspotenzial für zukünftige Zeit- und Berufssoldaten herauszubilden. Schon nach bisheriger Gesetzeslage konnten Wehrpflichtige im Anschluss an den Grundwehrdienst freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst leisten (§ 6 b WPfLG). Soweit ersichtlich, sind verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 3 GG gegen den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst nicht erhoben worden; dieser bildet jedoch das unverkennbare Vorbild für den geplanten freiwilligen Wehrdienst. In der Verwaltungspraxis ist der zusätzliche Wehrdienst nicht selten als eine Art zeitlicher Überbrückung für eine Verpflichtung als Zeitsoldat genutzt worden.

Verfassungspolitisch ist ein freiwilliger Wehrdienst in jedem Fall einem Pflichtwehrdienst vorzuziehen, weil das Grundgesetz insgesamt eine freiheitlich-demokratische Grundordnung vorsieht, bei der der Zwang – auf welchen Gebieten auch immer – nur als *ultima ratio* statthaft ist.

Die Ausgestaltung des freiwilligen Wehrdienstes im Einzelnen unterliegt der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Verfassungsrechtliche Vorgaben sind hierfür nicht vorhanden. Dass freiwillig Wehrdienstleistende den Einschränkungen unterliegen, die für Soldaten allgemein gelten, unterliegt keinem Zweifel; allerdings ist die Entscheidung für den

Wehrdienst eben *freiwillig* erfolgt, sodass die Einschränkung von Grundrechten, die der Soldatenstatus mit sich bringt, ebenfalls auf eigener Entscheidung beruht.

III. Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Risiken

Das Bundesverfassungsgericht hat die Wehrpflicht in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht nur grundsätzlich bejaht, sondern auch Einwände gegen die Einberufungspraxis zurückgewiesen.

Nachw. bei *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a, Rdnr. 73, Fn. 129.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bislang nur Vorlagebeschlüsse von Gerichten vorlagen, in denen die Einberufungspraxis unter dem Gesichtspunkt der „Wehrgerechtigkeit“ als verfassungswidrig angesehen wurde.

So insbesondere BVerfGE 105, 61.

Vorlagebeschlüsse nach Art. 100 Abs. 1 GG können indes durch *Kammerentscheidung* als unzulässig zurückgewiesen werden (§ 81 a BVerfGG), was mehrfach der Fall gewesen ist.

Nachw. bei *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a, Rdnr. 73, Fn. 129.

Auch in der einzigen aus jüngerer Zeit vorliegenden *Senatsentscheidung* ist die Vorlage eines Landgerichts als unzulässig angesehen worden.

So BVerfGE 105, 61.

Ein *abstraktes* Normenkontrollverfahren, das außer von der Bundesregierung von einer Landesregierung oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages angestrengt werden könnte (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG), hat bisher noch nicht stattgefunden. Nur ein solches Verfahren gewährleistet allerdings eine vollständige Bestandsaufnahme, die Anhörung aller Beteiligten und eine entsprechende Abwägung.

Hierzu ist von entscheidender Bedeutung, dass die Bundesregierung in ihrer Gesetzesbegründung selbst von einer nachhaltig veränderten Sicherheitslage ausgeht, die eine allgemeine Wehrpflicht nicht mehr rechtfertigt.

Vgl. BT-Drucks. 17/4821, S. 20.

Wenn aber die für die Verteidigungspolitik zuständige Exekutivspitze selbst ausführt, dass eine *Wehrpflicht* aufgrund der veränderten verteidigungspolitischen Situation nicht mehr gerechtfertigt werden kann, so würde sich das Risiko einer verfassungsgerichtlichen Verwerfung erheblich erhöhen. Die Bundesregierung könnte in einem potenziellen Normenkontrollverfahren nicht mehr mit Überzeugung vortragen, die Bundeswehr könne ihre zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Sollstärke nur durch eine allgemeine Wehrpflicht gewährleisten. Insofern hat die Bundesregierung mit dem vorliegenden Gesetzentwurf gewissermaßen den verteidigungspolitischen „Rubicon“ überschritten und wird ihre hierin eingenommene Einschätzung der verteidigungspolitischen Situation Deutschlands nicht wieder revidieren können.

Nur zur Vollständigkeit sei wiederholt, dass die in der öffentlichen Diskussion angeführten Gründe für die Beibehaltung des Pflichtwehrdienstes einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten würden. Die mit dem Pflichtwehrdienst verbundene – vorübergehende – Suspendierung der Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der Freizügigkeit (Art. 11 GG) könnte nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Bundeswehr einer „Verankerung in der Gesellschaft“ bedarf oder der Zivildienst zur Aufrechterhaltung der Krankenversorgung erforderlich sei. An der Verankerung der Bundeswehr in der Gesellschaft kann auch ohne Wehrpflicht kein Zweifel bestehen. Der Zivildienst – als Ersatzdienst (Art. 12 a Abs. 2 Satz 1 GG) – kann nur durch den (aktualisierten) *Wehrdienst*, nicht umgekehrt der Wehrdienst durch die Notwendigkeit eines Zivildienstes begründet werden.

IV. Wehrpflicht in anderen NATO-Staaten

Mit der Aussetzung der Wehrpflicht würde sich die Bundesrepublik dem Beispiel anderer NATO-Staaten anschließen. In Frankreich wurde der Wehrdienst (*service national*) durch Gesetz vom 28. Oktober 1997 ab 2001 ausgesetzt. Die Ableistung eines freiwilligen Dienstes in der Armee ist weiterhin möglich. Großbritannien führte bereits 1963 eine reine Freiwilligenarmee ein. Italien hat die Wehrpflicht 2005, die Niederlande bereits 1996 ausgesetzt. Die USA verfügen seit 1973 über eine Berufsarmee.

Weitere Beispiele bei *J. Ipsen*, in: BK, Art. 12 a, Rdnr. 338.