Dipl.-Verwaltungsw. (FH) Martin Heuser, Bonn*

Pflichtdienst, Wehrdienst oder Nulldienst?

Die allgemeine Wehrpflicht vor dem Hintergrund fehlender Belastungsgleichheit

Die Frage der „Wehrgerechtigkeit" ist zuletzt aufgrund zweier erneuter Richtervorlagen des VG Köln im Juli 2009 aktuell geworden. In seinem Beschluss vom 22.07.2009 (2 BvL 3/09) vermied das BVerfG jedoch eine inhaltliche Stellungnahme. Es machte hingegen deutlich, dass es für eine künftige Beurteilung dieser Frage entscheidend auf den Bezugspunkt (sog. Außen- oder Innenwirkung) des Wehrgerechtigkeitsgebots ankäme. Der folgende Beitrag gelangt zu dem Ergebnis, dass aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der Wehrpflicht als allgemeine Pflicht die primäre Maßgeblichkeit nicht der Innen-, sondern der Außenwirkung folgt. Daran gemessen, erweist sich die gegenwärtige Ausgestaltung der Wehrpflicht als verfassungswidrig.

I. Ausgediente Wehrgerechtigkeit?

Nach der jüngsten Verkürzung der Grundwehrdienstdauer auf sechs Monate[1] wurde von den Regierungsparteien unlängst sogar die finanzpolitisch motivierte Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht überhaupt erwogen.[2] Dass die Aufrechterhaltung der Wehrpflicht aber vielmehr von der legitimierenden Wahrung des Wehrgerechtigkeitsgebots (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12a Abs. 1 GG) abhängt, wird gerne übersehen.[3] Die in Art. 12a und Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG verfassungsrechtlich verankerte allgemeine Wehrpflicht[4] findet ihre Rechtfertigung nämlich im Korrespondenzverhältnis von verfassungsrechtlich gewährtem Schutzanspruch (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Verpflichtung des Einzelnen, einen Beitrag für die im Staat organisierte Gemeinschaft und deren Verteidigung zu leisten.[5] Sie kann deshalb als verfassungsrechtliche Grundpflicht angesehen werden.[6] Unstreitig ist somit, dass die Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht unter Vorbehalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes steht.[7] Unklar ist hingegen, ob diesen Anforderungen in der jüngeren Vergangenheit angesichts geringer Einberufungszahlen genüge getan wurde. Die beharrlich vorgetragenen Richtervorlagen des VG Köln[8] sind nunmehr Ausdruck ernsthafter verfassungsrechtlicher Bedenken in dieser bislang ungeklärten Frage.[9] Umso misslicher erscheint es, dass das BVerfG die Vorlagen zuletzt wegen formeller Begründungsdefizite unentschieden gelassen hat.[10] Der gleichzeitige Hinweis des Gerichts[11] auf den ungeklärten, aber unter Umständen entscheidungserheblichen Vergleichsmaßstab des Wehrgerechtigkeitsgebots zeigt dessen unzureichende dogmatische Durchdringung. Es ließe sich nämlich *prima facie* ebenso gut auf die Gesamtjahrgangsstärke (d. h. alle volljährigen Männer eines Geburtenjahrgangs, sog. *Außenwirkung*) wie auf die Zahl der einfachgesetzlich Verfügbaren (d. h. alle volljährigen Männer eines Geburtenjahrgangs abzüglich derer, die eine gesetzliche Ausnahme i. w. S. in Anspruch nehmen, sog. *Innenwirkung*) abstellen. Bislang ging man also davon aus, dass der Aspekt der Wehrgerechtigkeit geeignet sei, Auskunft über die Wahrung der Belastungsgleichheit zu geben. Festzustellen ist jedoch: Eine Verengung des Problems auf den Bereich des Wehrdienstes wird der Situation nicht gerecht, weil eine adäquate Beurteilung der Belastungsgerechtigkeit einzig dann möglich erscheint, wenn alle Zwangsdienste in Betracht gezogen werden (*Wehrpflichtgerechtigkeit*). Der Aspekt der Wehrgerechtigkeit ist folglich nur ein Spezialfall eines umfassenderen Grundsatzes.[12] Umstritten ist deshalb bis heute, wie die *bereichsspezifische Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG* erfolgen muss.[13] Hierauf eine Antwort zu liefern ist das Anliegen dieses Beitrags.

---

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und ist Studentische Hilfskraft am dortigen Rechtsphilosophischen Seminar (*Prof. Dr. Rainer Zaczyk*). Herrn Dipl.-Staatswissenschaftler *Stefan Heidemann,* MPA, sei für hilfreiche Anregungen herzlich gedankt.

1 Inkrafttreten der Änderungen des WehRÄndG 2010 zum 01.12.2010, siehe zum Gesetzgebungsverfahren BT-Drs. 17/1953, BR-Drs. 320/10.

2 O. V., Unionszoff: Guttenberg steht zur Abschaffung der Wehrpflicht, SPIEGEL ONLINE, http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,700285,00.html, (Abruf v. 12.06.2010); dies entspricht den Forderungen einiger Oppositionsparteien in ihren Anträgen auf Abschaffung der Wehrpflicht, vgl. BT-Drs. 17/1431 und 17/1736; siehe zu Letzterem ablehnend BT-Drs. 17/2174.

3 *Jörn Ipsen,* Wehrdienst, Ersatzdienst und Pflichtengleichheit, ZRP 1978, 153 (155) und ebenso *Christoph Gusy,* Kriegsdienstverweigerung – das verwaltete Grundrecht – BVerfGE 48, 127, JuS 1979, 254 (255) weisen auf den originär politischen Charakter des mittlerweile justiziablen Gebots hin.

4 BVerfGE 38, 154 (167).

5 St. Rspr. BVerfGE 38, 154 (167); 48, 127 (161); 69, 1 (22); ebenso BVerwGE 122, 331 (337).

6 Ausführlich *Jens Fleischhauer,* Wehrpflichtarmee und Wehrgerechtigkeit, 2007, S. 63, 68 ff., 71.

7 BVerfGE 38, 154 (167); 48, 127 (161 f.).

8 VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08; *Dieter Walz,* Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 22.07.2009 – 2 BvL 3/09, NZWehrr 2010, 81 erblickt hierin eine Art „Privatfehde" des VG Köln.

9 So ausdrücklich BVerfG (K), NJW 2004, 2297 (2298).

10 BVerfG (K), NVwZ 2010, 183 = NZWehrr 2010, 78 (mit Anmerkung von *Walz*).

11 BVerfG (K), NVwZ 2010, 183.

12 Ähnliche Kritik übt *J. Ipsen* (Fn. 3), ZRP 1978, 153 (155).

13 Siehe exemplarisch nur die abw. Meinung des Verfassungsrichters *Hirsch,* BVerfGE 48, 127 (190 ff.).

II. Gleichmäßige Lastenzuteilung und Wehrpflichtgerechtigkeit

1. Der Grundsatz gleichmäßiger Lastenzuteilung

Die Wehrpflicht ist eine für den Betroffenen belastende und für die Allgemeinheit bedeutsame Gemeinschaftspflicht. Als solche gewinnt sie ihre Legitimation gerade aus der Gleichheit der Lastenzuteilung[14] – mithin durch den auf Gleichheit im Belastungserfolg zielenden Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12a GG). In dieser Form ist Wehrpflichtgerechtigkeit Ausdruck staatsbürgerlicher Pflichtengleichheit.[15] Der Grundsatz gleicher Lastenzuteilung ergibt sich wiederum aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip.[16] Damit stellt sich der Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit als Unterfall des allgemeinen Grundsatzes der Lastengleichheit dar.

2. Charakter des Grundsatzes der Wehrpflichtgerechtigkeit

a) Auslegungstendenzen

Weil das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12a GG ein Unterfall des Grundsatzes gleichmäßiger Lastenverteilung ist, muss der Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit auch bereichsspezifisch angewendet werden.[17] Demnach kann sich die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Einberufung von Wehrpflichtigen nicht in einer bloßen Willkürkontrolle erschöpfen.[18] Angebracht erscheint vielmehr die Anwendung der sog. „neuen Formel". Hiernach ist mit der Rechtsprechung des BVerfG[19] ein strenger Maßstab anzulegen, weil mit der Einberufungsentscheidung die Unterscheidung von Personengruppen in Rede steht.[20] Bei der Konkretisierung dieses Maßstabs – abhängig von der jeweiligen Ausprägung des Gebots der Wehrpflichtgerechtigkeit – ist auch folgende Überlegung zu beachten: Der Grundsatz gleichmäßiger Lastenverteilung betrifft mit der Wehrpflicht eine der wenigen Grundpflichten des Grundgesetzes.[21] Schon deshalb ist eine restriktive Auslegung von Verfassung wegen angezeigt. Wenn zudem die Wehrpflicht das „legitime Kind der Demokratie" ist,[22] dann gebietet der egalitäre Charakter[23] des Demokratieprinzips, den Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit mit Blick auf die Korrespondenz von Schutzanspruch und Verteidigungspflicht in einem strengen und formalen Sinne auszulegen.

b) Quantitatives Element

Das VG Köln ist in seinen Richtervorlagen stets von einem dem Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit" inhärenten quantitativen Element ausgegangen.[24] In der Literatur werden Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG in verschiedenen Variationen bei Einberufungsquoten zwischen 33 %[25] und 50 %[26] bezogen auf die Wehrdienstpflichtigen bzw. 13 % bis 20 % bezogen auf den Gesamtjahrgang[27] gesehen. Dem hält das BVerwG allerdings entgegen, die Annahme eines quantitativen Elements verbiete sich, weil die Zahl der Kriegsdienstverweigerer und der Untauglichen weder voraussehbar noch begrenzbar sei.[28] Hieran mag zwar richtig sein, dass es absolute „Wehrgerechtigkeit" infolge natürlicher Schwankungen nicht geben kann – es folgt hieraus jedoch noch nicht die Abstinenz jeglichen quantitativen Aspekts. Und so scheint auch das BVerwG seine Ansicht nicht konsequent zu Ende zu führen, da es unter Rekurs auf zurückliegende Zeiten feststellt, das Gebot stelle keine weitergehenden Anforderungen, als dass 90 % der Verfügbaren auch herangezogen werden.[29] Wenn das BVerwG also lediglich zum Ausdruck bringen wollte, eine schematische Festlegung auf einen ganz bestimmten Prozentsatz sei nur schwerlich möglich, wäre ihm zuzustimmen.[30]

14 In diese Richtung bereits BVerfGE 38, 154 (167); *Thomas Voland,* Wehrpflicht nur für Auserwählte?, DÖV 2004, 453 (458); an diesen – wenngleich unausgesprochen – anschließend BVerwGE 122, 331 (341); dem zustimmend *Bernward Münster,* Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.01.2005 – 6 C 9.04, DVBl 2005, 789 (791).

15 BVerwGE 122, 331 (337) m. w. N.

16 *Rupert Scholz,* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 57. EL 2010, Stand: März 2001, Art. 12a Rn. 23; *Gilbert Gornig,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12a Rn. 10.

17 *Jens Fleischhauer,* Der Grundsatz der Wehrgerechtigkeit und seine Vorgaben an den Gesetzgeber und die Wehrverwaltung, NZWehrr 2008, 112 (114); *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 96; ähnlich BVerwGE 122, 331 (341).

18 So auch *Münster* (Fn. 14), DVBl 2005, 789.

19 Vgl. BVerfGE 55, 72 (88); 99, 367 (388).

20 *Johannes Unterreitmeier,* Die allgemeine Wehrgerechtigkeit – eine kritische Analyse, ZRP 2007, 163 (164) im Anschluss an *Ulrich Vosgerau,* Zur Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Wehrpflicht nach stillschweigender Umwandlung in eine Dienstpflicht, ZRP 1998, 84 (86).

21 *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 63, 68 ff.; ebenso *Werner Heun,* in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 12a Rn. 11; *Manfred Gubelt,* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 12a Rn. 1.

22 *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 71 – Wehrpflicht als „verfassungsrechtlich verankerte, aus dem Demokratieprinzip selbst folgende Grundpflicht".

23 Diesen betont zu Recht auch BVerwG, NVwZ-RR 2008, 263 (265) – damit in gewisser Weise BVerwGE 122, 331 einschränkend.

24 VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08; zustimmend *Fleischhauer* (Fn. 17), NZWehrr 2008, 112 (118); siehe auch *Juliane Kokott,* in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 12a Rn. 10.

25 *Scholz,* in: Maunz/Dürig (Fn. 16), März 2001, Art. 12a Rn. 25.

26 *Kokott,* in: Sachs (Fn. 24), Art. 12a Rn. 10; *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (457); ähnlich *Thomas Voland,* Ständig Streit um die Streitkräfte, ZRP 2007, 185 (186 f.); *Peter Tobiassen,* Wehrpflicht: Ungerecht und nutzlos, FoR 2001, 7 ff.

27 *Unterreitmeier* (Fn. 20), ZRP 2007, 163 (165); bzw. *Knut Ipsen,* Auswahlwehrdienst und Grundgesetz, ZRP 2001, 469 (471).

28 BVerwGE 122, 331 (338).

29 BVerwGE 122, 331 (342).

30 So auch *Unterreitmeier* (Fn. 20), ZRP 2007, 163 (165).

c) Konzept einer umfassenden Wehrpflichtgerechtigkeit

Wie aus dem Streit um das quantitative Element deutlich wird, besteht größte Unsicherheit darüber, welche *Bezugsgröße* (Innen- oder Außenwirkung) Art. 3 Abs. 1 GG fordert. Neben einer Entscheidung in dieser Frage bedarf es einer Betrachtung der konkreten Wirkweise, d. h. der jeweiligen Dimension des Grundsatzes gleichmäßiger Lastenverteilung: Da die Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht bei Einschluss des Ersatzdienstes unter lückenlosem Vorbehalt des Art. 3 Abs. 1 GG steht,[31] umfasst das Wehrpflichtgerechtigkeitsgebot nach der im Folgenden zu begründenden Konzeption als spezielle Einzelausprägungen:

- den Grundsatz der *Wehrdienstgerechtigkeit* (*Innenwirkung*)[32]
- den Grundsatz der *Ersatzdienstgerechtigkeit* (*Innenwirkung*)
- den Grundsatz der *Pflichtdienstgerechtigkeit* im Verhältnis von Wehr- und Ersatzdienst.

Bei summarischer Betrachtung des Grundsatzes der *Wehrpflichtgerechtigkeit* lassen sich wiederum Innen- und Außenwirkung unterscheiden. Eine darüber hinausgehende Betrachtung des Verhältnisses der tatsächlich zum Wehrdienst Einberufenen im Verhältnis zur Zahl aller Männer eines Geburtenjahrgangs (*Außenwirkung der Wehrdienstgerechtigkeit*)[33] ist nicht mehr lediglich eine Frage des Gleichheitssatzes, sondern gibt Auskunft über die folgerichtige Umsetzung einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung.[34]

3. Wehrpflichtgerechtigkeit auf Ebene des Gesetzesvollzugs

a) Wehrdienstgerechtigkeit (Innenwirkung)

Das Wehrdienstgerechtigkeitsgebot verlangt die umfassende und gleichmäßige Heranziehung aller zum Wehrdienst Verfügbaren eines Geburtenjahrgangs.[35] Die Ausschöpfungsquote spiegelt das Verhältnis der einberufenen Wehrdienstleistenden zu der Zahl derer wider, die nach gesetzlichen Maßgaben für den Wehrdienst zur Verfügung stehen.[36] Gegenwärtig beträgt die Ausschöpfungsquote ca. 50 %.[37] Für den Jahrgang 1987, der in Kürze die Regelaltersgrenze erreicht und von der vom VG Köln[38] als verfassungswidrig erachteten Rechtslage maßgeblich betroffen ist, beträgt die Quote 59,1 %.[39] Nun ist aber Art. 3 Abs. 1 GG mit dem BVerfG bei einem „Personalüberschuss“ nicht schon dann verletzt, wenn nicht alle Wehrpflichtigen eines Jahrgangs auch tatsächlich herangezogen werden können.[40] Allerdings folgt hieraus nicht die Suspendierung der Exekutive von der Pflicht, möglichst alle verfügbaren Wehrpflichtigen zum Wehrdienst heranzuziehen.[41] Die Politik sieht Art. 3 Abs. 1 GG bereits gewahrt, wenn der überwiegende Teil aller Verfügbaren auch tatsächlich zum Grundwehrdienst einberufen wird.[42] Nach *Gramm* kommt es auf den „ganz überwiegenden“ Teil der Eingezogenen an.[43] Diese Annahmen sind mit der vorzuziehenden Rechtsprechung des BVerwG nicht vereinbar. Hiernach muss die Zahl der Einberufenen der Zahl der Verfügbaren zumindest „nahe kommen“.[44] Der in diesem Sinne nicht einberufene Teil muss sich als administrativ unvermeidbarer Ausschöpfungsrest darstellen.[45] Die Zahl der Leistenden darf nicht deutlich hinter der Zahl der Verfügbaren zurückbleiben.[46] Das BVerwG nimmt an, dass hierbei zumindest keine über 90 % liegende Quote zu fordern ist.[47] Nach *Walz* sind Ausschöpfungsreste von mehreren 10.000 verfügbaren Männern eines Geburtenjahrgangs unzulässig.[48] Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Auslegungstendenzen[49] und mit Blick auf den egalitären Charakter der allgemeinen Wehrpflicht sowie des Grundsatzes der Wehrdienstgerechtigkeit[50] dürfte bei einer bereichsspezifischen Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG eine Ausschöpfungsquote von mindestens 80 % bis 85 % den zu stellenden Anforderungen entsprechen. Andernfalls kann nicht mehr bloß von unvermeidbaren Vollzugsmängeln und Ausschöpfungsresten die Rede sein. Eine Ausschöpfungsquote von 50 % bzw. 59,1 % genügt diesen Anforderungen ersichtlich nicht, sodass das Wehrdienstgerechtigkeitsgebot (Innenwirkung) verletzt ist.[51]

31 *Heun,* in: Dreier (Fn. 21), Art. 12a Rn. 15 – hiernach umfasst der Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“ das ganze System der Dienstpflichten.

32 In der Terminologie des BVerfG: „Innenwirkung des Gebots der Wehrgerechtigkeit“, BVerfG (K), NVwZ 2010, 183.

33 Dies entspricht der „Außenwirkung des Gebots der Wehrgerechtigkeit“, BVerfG (K), NVwZ 2010, 183.

34 S. u. Abschnitt III.

35 Vgl. BVerwGE 122, 331; BT-Drs. 15/721, S. 2.

36 So auch BT-Drs. 16/8637, S. 2; 16/11134, S. 2; die Zahl der Verfügbaren ergibt sich nach Abzug der Untauglichen, der Wehrdienstausnahmen, der anerkannten Kriegsdienstverweigerer, der äquivalenten Ersatzdienste, der Soldaten auf Zeit sowie der Offiziersanwärter von der Gesamtjahrgangsstärke.

37 Vgl. *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 185; *Uwe Tetzlaff,* Vom (un)möglichen Zustand des Wehrpflichtrechts, 2009, S. 329; *Werner Glenewinkel/Peter Tobiassen,* Abgeschoben! Anmerkungen zur Wehrpflicht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.7.2009, NVwZ 2010, 171 (172).

38 U. a. VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04.

39 Eigene Berechnung insbesondere nach BT-Drs. 16/11134; 16/12522.

40 BVerfGE 48, 127 (162); so wohl aber *Christian Starck,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 3 Rn. 82.

41 Vgl. BVerwGE 122, 331 (339).

42 BT-Drs. 15/721, S. 2 und 16/5578, S. 2.

43 *Christof Gramm,* Glaubwürdigkeitsdefizite der Wehrverfassung, NZWehrr 2007, 221 (230).

44 BVerwGE 122, 331 (339).

45 BVerwGE 122, 331 (339); in diese Richtung auch 92, 153 (155).

46 BVerwGE 122, 331 (339).

47 So darf man wohl die Ausführungen zu früheren Jahrgängen verstehen: BVerwGE 122, 331 (342).

48 *Dieter Walz,* Wehrpflichtgesetz, 7. Aufl. 2009, Vor § 9 Rn. 17 a. E.

49 S. o. Abschnitt II. 2. a).

50 Betont in BVerwG, NVwZ-RR 2008, 263 (265).

51 Im Ergebnis ebenso VG Köln, NJW 2004, 2609 (2611); VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08;

b) Ersatzdienstgerechtigkeit (Innenwirkung)

Anerkannte Kriegsdienstverweigerer leisten nach der Verfassung einen Ersatzdienst (Art. 12a Abs. 2 GG). Der Zivildienst tritt an die Stelle des rechtmäßig verweigerten Kriegsdienstes.[52] Dessen Durchführung steht ebenso unter Vorbehalt des Art. 3 Abs. 1 GG.[53] Unter Zugrundelegung der genannten Kriterien verlangt das Gebot eine gleichmäßige Heranziehung aller zum Zivildienst zur Verfügung Stehenden eines Geburtenjahrgangs.[54] Da die Zahl der jährlich anerkannten Kriegsdienstverweigerer die Zahl der Zivildienstplätze nicht übersteigt, werden nahezu 100 % aller Zivildienstpflichtigen auch einberufen.[55] Ein isolierter Verstoß gegen das Ersatzdienstgerechtigkeitsgebot lässt sich daher nicht ableiten.

c) Pflichtdienstgerechtigkeit

Im Verhältnis von Wehr- zu Ersatzdienst gilt der Grundsatz der Pflichtdienstgerechtigkeit, obgleich dies zuweilen angezweifelt wird. *Gusy* hält die Anwendung des Grundsatzes der „Wehrgerechtigkeit" über den Bereich des Wehrdienstes hinaus nicht für möglich,[56] weil Pflichtengleichheit nur für solche Bürger bestünde, die auch rechtlich für den Kriegsdienst zur Verfügung stünden. Überdies enthielte Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG eine spezielle Gleichheitsdimension, die der des Art. 3 Abs. 1 GG vorgehe. Da die Wehrpflicht jedoch sowohl durch Wehr- als auch Zivildienst abgegolten wird (§ 3 Abs. 1 S. 1 WpflG) und beide Gruppen hinsichtlich der abstrakten Belastungssituation durch staatliche Inpflichtnahme weiterhin ein adäquates Vergleichspaar bilden, greift diese Argumentation nicht durch. Zugleich ist Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG als Freiheitsrecht konzipiert und kann insoweit nicht Spezialgesetz zu Art. 3 Abs. 1 GG sein.[57] Wenn zudem ein Widerspruch zu Art. 12a GG reklamiert wird[58], wonach es dem Gesetzgeber frei stehen soll, einen Ersatzdienst einzurichten, ist anzumerken, dass die Einführung des Ersatzdienstes zwingend ist, da dieser sicherstellen soll, dass nur „echte" Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG anerkannt werden.[59] Dementsprechend hat auch das BVerfG eine Wechselwirkung zwischen den Diensten angenommen.[60] Hiernach *bedingen Wehr- und Ersatzdienstgerechtigkeit einander,* denn der Verzicht der präsumtiven Kriegsdienstverweigerer auf ihr Grundrecht aus Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG hätte zwangsläufig Auswirkungen auf den Grundsatz der Wehrdienstgerechtigkeit: Die Zahl der Wehrdienstpflichtigen würde ansteigen, sodass die Wahrscheinlichkeit einer Einberufung sinken müsste. Während also die faktische Aufrechterhaltung des Wehrdienstes ohne den Zivildienst nicht möglich ist, wäre die gesetzliche Aufrechterhaltung des Ersatzdienstes ohne den Wehrdienst aus derzeitiger verfassungsrechtlicher Sicht nicht denkbar. Es kann deshalb kein Zweifel daran bestehen, dass der Grundsatz der Lastengleichheit auch zwischen den Diensten zur Anwendung gelangt.[61] Damit wirkt Art. 3 Abs. 1 GG in Relation der Einberufungswahrscheinlichkeiten zwischen den Diensten. Es kommt also auf eine etwa gleich große Einberufungswahrscheinlichkeit in beiden Fällen an.[62] In Anlehnung an die entwickelten Kriterien[63] gilt der Grundsatz dann als verletzt, wenn zwischen den Diensten ein Unterschied in den Einberufungswahrscheinlichkeiten von mehr als 20 Prozentpunkten besteht. Dem entspricht es, dass das BVerfG[64] eine Verletzung des Gleichheitssatzes in einer Situation als „auf der Hand liegend" bezeichnet hat, in der die Ersatzdiensteinberufungswahrscheinlichkeit infolge mangelnder Kapazitäten deutlich geringer lag als die den Wehrdienst betreffende. Die zahlenmäßig umgekehrte Situation findet sich gegenwärtig bei Einberufungsquoten von ca. 50 % und nahezu 100 %. Von Gleichheit zwischen den Diensten kann somit keine Rede mehr sein.

d) Umfassende Wehrpflichtgerechtigkeit (summarische Betrachtung)

aa) Innenwirkung

Die Innenwirkung des Gebots der Wehrpflichtgerechtigkeit betrifft das Verhältnis aller Pflichtdienstleistenden

Unterreitmeier (Fn. 20), ZRP 2007, 163 (165).

52 BVerfGE 48, 127 (165); 69, 1 (24).

53 BVerfGE 48, 127 (172); 69, 1 (36 f.); 78, 364 (371); *Heun,* in: Dreier (Fn. 21), Art. 12a Rn. 15; *Gornig,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 12a Rn. 82; *Wilfried Berg,* Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 107 (1982), 585 (604).

54 BT-Drs. 15/721, S. 2.

55 Vgl. BT-Drs. 15/721, S. 11; siehe auch das Zahlenmaterial in BT-Drs. 16/1771, S. 4 sowie 16/12522, S. 12 ff.; *Hans Hofmann,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 12a Rn. 7; *Münster* (Fn. 14), DVBl 2005, 789 (792).

56 *Gusy* (Fn. 3), JuS 1979, 254 (256); ganz ähnlich *Berg* (Fn. 53), AöR 107 (1982), 585 (604); wohl auch *Hirsch* in seinem Sondervotum BVerfGE 48, 127 (190); nur scheinbar anders *J. Ipsen* (Fn. 3), ZRP 1978, 153 (155); zweifelnd auch VG Münster, Beschl. v. 25.06.2007 – 6 K 389/07.

57 *Oliver Fröhler,* Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des Wehrverfassungsrechts, 1995, S. 323; daran anknüpfend *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 109.

58 *Berg* (Fn. 53), AöR 107 (1982), 585 (604).

59 BVerfGE 48, 127 (170).

60 BVerfGE 48, 127 (166) – indem es nämlich feststellte, die Wehrgerechtigkeit verbiete, andere Pflichtige als anerkannte Kriegsdienstverweigerer in den Ersatzdienst einzuberufen. Deshalb mutet es zumindest fragwürdig an, wenn das BVerfG dem VG Köln vorhält, es sei in seiner Vorlage auf diese Frage nicht eingegangen, siehe dazu BVerfG (K), NVwZ 2010, 183 (184).

61 So auch *Scholz,* in: Maunz/Dürig (Fn. 16), März 2001, Art. 12a Rn. 23, 26, 90; *Kokott,* in: Sachs (Fn. 24), Art. 12a Rn. 21; *Gornig,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 12a Rn. 12; *Heun,* in: Dreier (Fn. 21), Art. 12a Rn. 15; *Gubelt,* in: v. Münch/Kunig (Fn. 21), Art. 12a Rn. 2; *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 87, 108 f.; *J. Ipsen* (Fn. 3), ZRP 1978, 153 (155); anders aber noch BVerwGE 18, 302 – jedoch dürfte diese Rechtsprechung durch BVerwGE 122, 331 nunmehr eingeschränkt sein.

62 *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 109; *Voland* (Fn. 26), ZRP 2007, 185 (186); *Münster* (Fn. 14), DVBl 2005, 789 (792); *J. Ipsen* (Fn. 3), ZRP 1978, 153 (155); sinngemäß auch *Tobiassen* (Fn. 26), FoR 2001, 7 ff.

63 Maximale Ausschöpfungsreste von ca. 20 % je Dienst: s. o. Abschnitt II. 3. a).

64 BVerfGE 48, 127 (171 ff.).

zu den gesetzlich Verfügbaren. Hierbei handelt es sich um eine Gesamtschau, insbesondere der Grundsätze der Wehrdienst- und Ersatzdienstgerechtigkeit. Nach den genannten Kriterien[65] könnte bei einer Ausschöpfungsquote von ca. 83 %[66] nun zu folgern sein, dass eine Gesamtbetrachtung im Rahmen der Innenwirkung den Anforderungen des Gleichheitssatzes gerade noch standhält. Das Ergebnis ist aber zum einen auf die hohen Untauglichkeitszahlen[67] und zum anderen auf die hohe Einziehungsquote beim Ersatzdienst zurückzuführen. Mit diesem Befund ist deshalb nicht gesagt, dass die Einhaltung des Gebots der Wehrpflichtgerechtigkeit unter dem Aspekt der Innenwirkung die festgestellten Verstöße gegen die Gebote der Wehrdienst- und Pflichtdienstgerechtigkeit aufzuwiegen vermag. Andernfalls wäre eine eklatante Ungleichbehandlung im Bereich des Wehrdienstes durch Heranziehung einer hohen Zahl von Zivildienstleistenden zu rechtfertigen. Gegen eine solche Beurteilung spricht aber, dass der Zivildienst kein Alternativ-, sondern ein Ersatzdienst ist. Im Übrigen widerspräche diese Lesart dem Gebot der Pflichtdienstgerechtigkeit. Der Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit ist deshalb unter dem Aspekt der Innenwirkung *nicht geeignet,* die Einhaltung der Belastungsgleichheit zu belegen, zumal die spezielleren Einzelausprägungen des Grundsatzes (Wehrdienst-/Ersatzdienstgerechtigkeit) vorrangig heranzuziehen sind.

bb) Außenwirkung

Die Außenwirkung des Gebots der Wehrpflichtgerechtigkeit betrifft das Verhältnis aller Dienstleistenden zu den grundsätzlich von Verfassung wegen zum Dienst Verpflichteten eines Geburtenjahrgangs. Mit dem BVerwG[68] ist eine umfassende und gleichmäßige Heranziehung der Wehrpflichtigen zu einer Dienstleistung verfassungsrechtlich geboten. Nach Art. 12a Abs. 1 GG i. V. m. § 1 Abs. 1 WpflG sind vom Grundsatz her alle Männer ab dem 18. Lebensjahr von der allgemeinen Wehrpflicht erfasst. Für den Jahrgang 1987 beläuft sich die Belastungsquote auf 42,5 %.[69] Gegenwärtig leistet folglich nicht einmal mehr jeder Zweite überhaupt einen Dienst. Umstritten ist nun aber, ob diese Relation von Verfassung wegen zugrunde zu legen ist[70] und welche Quote dem Grundsatz der Lasten- und Pflichtengleichheit entspricht. So sieht *Scholz*[71] eine Situation erst als verfassungsrechtlich kritisch an, in der lediglich ein Drittel der Wehrpflichtigen tatsächlich betroffen ist. Nach *Voland*[72] hingegen ist die staatsbürgerliche Pflichtengleichheit nicht mehr gewahrt, wenn bloß jeder zweite Wehrpflichtige überhaupt einen Dienst leistet. Eine endgültige Antwort ergibt sich jedoch nicht schon aus der Interpretation des Art. 3 Abs. 1 GG auf Ebene des Gesetzesvollzugs, sondern bedarf einer Einschätzung, inwieweit der Gesetzgeber an sein einmal eingeschlagenes Gesetzeskonzept gebunden sein kann. Dieser kann das Gebot der Wehrdienstgerechtigkeit nämlich mit dem Ziel, den Bedarf an Grundwehrdienstleistenden zu begrenzen, über die Wehrdienstausnahmen, die Verfügbarkeitskriterien und die Wehrdienstdauer regulieren. Daraus resultiert die Frage, ob hinsichtlich der tatsächlichen Belastungsgleichheit ein kritischer Punkt existiert, bei dessen Überschreitung die Summe der Dienstausnahmen und damit das zugrunde liegende Gesetzeskonzept verfassungswidrig werden. Die Antwort hierauf gibt zugleich Auskunft, ob es dem Gesetzgeber erlaubt sein kann, die Wehrpflicht alleine an der personellen Bedarfslage auszurichten.[73]

III. „Zurecht gerechnet" oder „zugerechnet"? – Rückwirkungen fehlender Belastungsgleichheit

1. Bindungen des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der allgemeinen Wehrpflicht als System

Nach der an die Steuerrechtsrechtsprechung des BVerfG[74] angelehnten Judikatur des BVerwG muss der Gesetzgeber tätig werden, wenn sich dem Gleichheitssatz offensichtlich widersprechende Zustände einstellen.[75] Beruht die Verletzung der Wehrdienstgerechtigkeit auf andauernder Untätigkeit des Gesetzgebers, so ist die Wehrpflicht – und nicht nur der Vollzug der Gleichen (!) – grundlegend bereits in ihrer Konzeption berührt, was die Verfassungswidrigkeit zur Folge hat.[76] Weil sich diese Erwägungen jedoch nur auf den Grundsatz der Wehrdienstgerechtigkeit beziehen, bleibt zu beantworten, ob und mit welchen Einschränkungen die Rechtsprechung des BVerfG zur Steuergleichheit auf den Grundsatz der Wehrpflichtgerechtigkeit mitsamt seinen Einzelausprägungen übertragbar ist.

a) Das Bundesverfassungsgericht und die Steuergleichheit

Der Gleichheitssatz ist nach dem BVerfG auch im Steuerrecht bereichsspezifisch anzuwenden. Die Steuergleichheit

65 S. o. Abschnitt II. 3. a).

66 *Reinhold Robbe,* Jahresbericht des Wehrbeauftragten 2009, BT-Drs. 17/900, S. 46; dies entspricht eigenen Berechnungen für den Jahrgang 1987.

67 Untauglichkeitsquote im Jahrgang 1987: 44,2 % (eigene Berechnung nach BT-Drs. 16/12522, S. 6; vgl. auch BT-Drs. 16/11134, S. 3).

68 BVerwGE 122, 331 (337 f.).

69 Eigene Berechnung nach BT-Drs. 16/12522.

70 Hiergegen wohl das BVerwG in E 122, 331 (338) – wenngleich dieses hier pauschal nur vom Grundsatz der Wehrgerechtigkeit spricht; bejahend dagegen wohl eher *Glenewinkel/Tobiassen* (Fn. 37), NVwZ 2010, 171 (173).

71 *Scholz,* in: Maunz/Dürig (Fn. 16), März 2001, Art. 12a Rn. 25.

72 *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (457); ähnlich *Voland* (Fn. 26), ZRP 2007, 185 (186 f.); weitergehend noch *Heun,* in: Dreier (Fn. 21), Art. 12a Rn. 15 – bedenklich, wenn ca. ein Drittel der Pflichtigen von der Pflicht nicht erfasst ist.

73 Bestritten vom VG Köln in seinen Richtervorlagen: Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08; ebenso *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 92.

74 BVerfGE 84, 239; 110, 94; siehe dazu auch *Stephan Meyer,* Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß, DÖV 2005, 551.

75 BVerwGE 122, 331 (340); vgl. 45, 153 (155 f.).

76 BVerwGE 122, 331 (341).

verlangt sowohl rechtliche als auch tatsächliche Gleichheit im Belastungserfolg.[77] Eine prinzipielle Verfehlung durch die rechtliche Ausgestaltung des Erhebungsverfahrens kann die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen.[78] Zwar hat der Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und der Bemessung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum – er ist jedoch gehalten, die getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umsetzen.[79] Mithin besteht eine Pflicht zur Gleichheit der normativen Steuerpflicht als auch zur Gleichheit bei deren Durchsetzung (*Vermeidung struktureller Vollzugsdefizite*).[80] Aus Art. 3 Abs. 1 GG resultiert somit ein Verbot solcher Regelungen, die die Belastungsgleichheit prinzipiell verfehlen.[81] Ist das Defizit dem Gesetzgeber überdies zuzurechnen, so folgt daraus die Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm.[82]

b) Geltung des Gebots der Vermeidung struktureller Vollzugsdefizite auch im Wehrrecht?

Auf die allgemeine Wehrpflicht übertragen, müsste die prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit[83] durch die rechtliche Ausgestaltung der Heranziehung zum Pflichtdienst die Verfassungswidrigkeit der §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 i. V. m. § 21 WpflG bzw. i. V. m. §§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 ZDG zur Folge haben, wenn sie dem Gesetzgeber zuzurechnen ist. Dies setzt zunächst voraus, dass Steuer- und allgemeine Wehrpflicht in ihrem Grundwesen vergleichbar sind: Die Steuer ist eine alle Steuerpflichtigen treffende und von anderen Eingriffen zu unterscheidende Gemeinlast, die der Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben dient.[84] Obgleich der Staat direkt auf die Rechtssphäre des Einzelnen zugreift, erwächst dem Pflichtigen daraus kein individueller Vorteil.[85] Seine Rechtfertigung bezieht der Eingriff somit „auch und gerade aus der Gleichheit der Lastenzuteilung".[86] Die allgemeine Wehrpflicht ist im Vergleich dazu eine alle Männer ab dem 18. Lebensjahr treffende Grundpflicht (Art. 12a Abs. 1 GG) – mithin eine Gemeinlast. Sie dient mit der Landesverteidigung – wie die Steuerpflicht – einem überragend wichtigen Staatsbelang. Auch dem Wehrpflichtigen erwächst kein individueller Vorteil. Aus diesem Grund ist die Gleichheit der Lastenzuteilung ein maßgeblicher Legitimationsaspekt. Daher entsprechen sich allgemeine Wehrpflicht und Steuerpflicht in ihren wesentlichen Merkmalen. Die Rechtsprechungsgrundsätze sind also vorbehaltlich ihrer bereichsspezifischen Besonderheiten übertragbar.[87]

c) Verfassungsrechtlich geforderter Bezugspunkt: die Außenwirkung

Folglich besteht im Wehrrecht die Pflicht zu rechtlicher und tatsächlicher Belastungsgleichheit,[88] wobei bislang offen geblieben ist, ob es auf die Innen- oder Außenwirkung des Gebots ankommt. Das BVerwG betont, der Gesetzgeber dürfe nicht aus den Augen verlieren, dass die Wehrpflicht eine allgemeine sei.[89] Es stellt hingegen selbst – „dem Gebot tatsächlich gleicher Steuerbelastung durch gleichen Gesetzesvollzug vergleichbar" – auf die gesetzlich zum Wehrdienst Verfügbaren ab (Innenwirkung).[90] Hierbei darf jedoch ein entscheidender Unterschied zwischen Steuer- und Wehrpflicht nicht übersehen werden: Eine verfassungsrechtlich verankerte allgemeine Steuerpflicht existiert nicht.[91] Dem Gesetzgeber steht es somit grundsätzlich frei, den Kreis der Steuerpflichtigen im Wege einfachgesetzlicher Regelungen näher festzulegen. Die allgemeine Wehrpflicht ist hingegen verfassungsrechtlich verankert (Art. 12a und Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG).[92] Allgemein ist eine Wehrpflicht in Reinform jedoch nur dann, wenn sie – ihrem demokratisch egalitären Charakter entsprechend – für alle männlichen Staatsangehörigen eines bestimmten Alters ohne Ausnahme besteht.[93] Demnach ergibt sich begriffs- als auch verfassungslogisch,[94] dass als Gleichheitsmaßstab primär auf alle Pflichtigen und nicht bloß auf die gesetzlich Verfügbaren abzustellen ist (*Außenwirkung*). Die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Wehrpflichtrechts mit dem Ziel, den Kreis der Verfügbaren auf ein Minimum einzuschränken, ist von der Verfassung nicht gedeckt. Der Spruch, „Der Bundesgesetzgeber hat es in der Hand, die Zahl der verfügbaren Wehrpflichtigen und den Personalbedarf der Bundeswehr zur Deckung zu bringen",[95] setzt unbegrenzte Gestaltungsmacht voraus und ist damit schlechterdings unhaltbar.[96] Ansonsten wäre es dem einfachen Gesetzgeber überantwortet, die Reichweite des Art. 3 Abs. 1 GG zu bestimmen und sich somit grund-

77 BVerfGE 84, 239 (286); 110, 94 (112).

78 BVerfGE 84, 239 (286); 110, 94 (112).

79 BVerfGE 84, 239 (271).

80 BVerfGE 84, 239 (271 f.).

81 BVerfGE 84, 239 (271).

82 BVerfGE 84, 239 (272).

83 Interessanterweise verwendet das BVerfG diesen Begriff bereits in seiner Entscheidung zur Anrechnung des Wehrdienstes auf den Zivildienst, E 78, 364 (371).

84 BVerfGE 84, 239 (269).

85 BVerfGE 84, 239 (269).

86 BVerfGE 84, 239 (269).

87 So auch *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (458); *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 197 f. m. w. N.; ähnlich bereits *Vosgerau* (Fn. 20), ZRP 1998, 84 (85 ff.); *Oliver Fröhler,* Verfassungsrechtliche Konsequenzen aus der Ambivalenz von allgemeiner Wehrpflicht und Mißbrauch des Kriegsdienstverweigerungsrechts, ZRP 1996, 433 (434 f.).

88 BVerwGE 122, 331 (337).

89 BVerwGE 122, 331 (339).

90 BVerwGE 122, 331 (341).

91 Grundlegend BVerfGE 6, 55 (70); ebenso *Klaus Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte, Band III/2, 1994, S. 1035.

92 BVerfGE 38, 154 (167).

93 *Fröhler* (Fn. 57), S. 124; ähnlich nunmehr auch BVerwG, NVwZ-RR 2008, 263 (265).

94 *K. Ipsen* (Fn. 27), ZRP 2001, 469 (472).

95 BVerwGE 122, 331 (341).

96 Mit Blick auf die Tauglichkeitskriterien *Kokott,* in: Sachs (Fn. 24), Art. 12a Rn. 10.

gesetzlicher Bindung zu entziehen.[97] Für die Betroffenen müsste sich bei einem solchen Vorgehen der Eindruck aufdrängen, die jungen Wehr- und Zivildienstpflichtigen würden vom Staat und seiner Verwaltung nur noch als bloße Rechengrößen im Spiel um die Aufrechterhaltung des Scheins der Wehrpflichtgerechtigkeit wahrgenommen. Eine solche Behandlung verbietet indessen der Wesensgehalt (Art. 1 Abs. 1, 19 Abs. 2, 79 Abs. 3 GG) des Willkürverbots aus Art. 3 Abs. 1 GG.[98]

d) Zurechnung eines strukturellen Vollzugsdefizits

aa) Prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit

Eine prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit liegt indes nicht schon in einer solchen, die durch Vollzugsmängel hervorgerufen werden und wegen unvorhersehbarer Unzulänglichkeiten immer wieder entstehen kann. Vielmehr muss der Normenkomplex der Einberufungsregeln in der Weise strukturell gegenläufig wirken (2), dass die allgemeine Wehrpflicht nicht mehr durchgesetzt werden kann (1).[99]

(1) Empirischer Befund unter dem Aspekt der Außenwirkung

In dem vom BVerfG entschiedenen Fall hat dieses eine prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit infolge einer nur hälftigen Erfassung (50 %) der steuerbaren Kapitalerträge angenommen.[100] Vorliegend kann eine Verfehlung der Belastungsgleichheit unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt der Außenwirkung erstens aus dem *Wehrpflichtgerechtigkeitsgebot* abgeleitet werden. Für den Jahrgang 1987 beträgt die Belastungsquote 42,5 % und liegt somit unterhalb der vergleichbaren 50 %-Grenze. Da noch nicht einmal jeder Zweite überhaupt einen Dienst leistet, wird die Regelvermutung zulasten der Allgemeinheit bei der Wehrpflicht ausgehebelt.[101] Dies führt dazu, dass die allgemeine Wehrpflicht als solche gegenwärtig nicht durchgesetzt wird – mithin von „demokratischer Normalität“[102] bei ihrer Durchführung nicht mehr auszugehen ist.[103] Art. 12a Abs. 1 GG enthält des Weiteren eine Vermutung zugunsten des Wehrdienstes,[104] sodass sich eine solche Verfehlung zweitens auch aus dem *Wehrdienstgerechtigkeitsgebot* ergibt. Der Ersatzdienst besteht nämlich lediglich um des Wehrdienstes willen.[105] Das tatsächliche Verhältnis der Wehrdienstleistenden zu den grundsätzlich Pflichtigen eines Jahrgangs gibt somit Auskunft über die Wahrung einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung. Für den Jahrgang 1987 beträgt diese Quote 13,24 %.[106] Damit leistet fast nur noch jeder Achte des Jahrgangs Wehrdienst – 86,76 % eines Jahrgangs entgehen der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zum Wehrdienst. Angesichts der enormen Eingriffsintensität – im Verteidigungsfall steht das Leben des Wehrdienstleistenden auf dem Spiel – muss auch hier von einer Verfehlung der Belastungsgleichheit ausgegangen werden.[107]

(2) Normative Gründe des strukturellen Vollzugsdefizits

Die Gründe dieser Verfehlung sind im Normenkomplex der Einberufungsregelungen zu suchen. Dieser setzt sich zusammen aus Einberufungsrichtlinien, materiellen Normen des Wehrpflichtrechts und dem jährlichen Haushaltsgesetz. Die Verteidigungsbereitschaft sowie der Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“ erfordern eine gesetzliche Ausgestaltung der Wehrpflichtausnahmen.[108] Das BVerwG hat dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wehrdienstausnahmen und Einberufungshindernisse eine weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt.[109] Durch den Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“ sei er nicht zu einer restriktiven Regelung der Wehrdienstausnahmen gezwungen.[110] Insbesondere sei er nicht daran gehindert, die Wehrpflicht so auszugestalten, dass Wehrpflichtige aus überwiegenden privaten Interessen vorübergehend oder auf Dauer von der Wehrpflicht verschont bleiben.[111] Indessen dürfte sich diese Aussage nicht mehr in den vom BVerfG gezogenen Grenzen bewegen.[112] Hiernach müssen sich Ausnahmen auf einen eng umgrenzten, überschaubaren Personenkreis beziehen und zudem auch sachgerecht sein.[113] Zu bedenken bleibt dabei, dass sich sachliche Kriterien im Rahmen eines annähernd unüberprüfbaren gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums nahezu beliebig begründen lassen.[114] Überdies ist mit Blick auf den egalitären Charakter der allgemeinen Wehrpflicht eine restriktive Handhabung auch beim Erlass von Wehrpflichtbe-

97 In diesem Sinne wohl auch VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08; ebenso *Voland* (Fn. 26), ZRP 2007, 185 (186); deshalb kann es auch nicht überzeugen, auf alle Tauglichen eines Jahrgangs abzustellen, so aber *Heun,* in: Dreier (Fn. 21), Art. 3 Rn. 89 und ebenso *Starck,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 3 Rn. 82.

98 Vgl. *Münster* (Fn. 14), DVBl 2005, 789 (791).

99 Vgl. in diesem Sinne BVerfGE 84, 239 (272).

100 BVerfGE 84, 239 (275 f.).

101 *Fleischhauer* (Fn. 3), S. 100.

102 So aber noch zu früheren Zeiten BVerfGE 69, 1 (22).

103 Weitergehend noch *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (458); *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 199 f.

104 BVerfGE 80, 354 (359).

105 BVerfGE 80, 354 (359).

106 Dies entspricht eigenen Berechnungen und ist mit in der Literatur angenommenen Größenordnungen vergleichbar: vgl. *Tetzlaff* (Fn. 37), S. 329; *Glenewinkel/Tobiassen* (Fn. 37), NVwZ 2010, 171 (172); vgl. auch BVerfG (K), NVwZ 2010, 183 (183 f.).

107 So auch *Unterreitmeier* (Fn. 20), ZRP 2007, 163 (165); *K. Ipsen* (Fn. 27), ZRP 2001, 469 (471).

108 BVerfGE 38, 154 (168).

109 BVerwGE 122, 331 (338).

110 BVerwGE 122, 331 (339).

111 BVerwGE 122, 331 (338).

112 VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08.

113 BVerfGE 38, 154 (168); 48, 127 (162).

114 „So ließe sich etwa das Erfordernis begründen, im Hinblick auf die höhere Wahrscheinlichkeit von künftigen Auslandseinsätzen nur noch Wehrpflichtige mit ausreichenden Fremdsprachenkenntnissen einberufen zu können.“ VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04.

freiungen angezeigt. Die Wehrpflicht liegt ausschließlich im öffentlichen Interesse. Es ist deshalb nicht ohne Weiteres möglich, Wehrpflichtige aus überwiegenden privaten Interessen auf Dauer von der Wehrpflicht auszunehmen. Solche Regelungen haben sich auf zahlenmäßig eng umgrenzte Härtevorschriften zu beschränken.[115] Jedoch selbst wenn sich einige der Befreiungstatbestände des § 11 WpflG/§ 10 ZDG nach diesem Maßstab als verfassungswidrig erweisen ließen,[116] folgte hieraus alleine – angesichts der geringen zahlenmäßigen Relevanz[117] – noch nicht die prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit. Wie dauerhafte Befreiungen wirken im Ergebnis aber auch die Befreiungen infolge Untauglichkeit, §§ 8a, 9 WpflG. Insbesondere der Wegfall der Tauglichkeitsstufe T3 im Jahr 2004 ist dabei auf Kritik gestoßen. In der Tat hat sich die Tauglichkeitsquote binnen weniger als zehn Jahren um 35 Prozentpunkte von anfänglichen 88 % auf nunmehr gerade noch 53,3 % verringert.[118] Damit ist fast nur noch jeder Zweite eines Jahrgangs überhaupt tauglich und verfügbar. Angesichts des Merkmals der „Allgemeinheit" der Wehrpflicht bedarf eine solche Entwicklung eines Rechtfertigungsgrundes. Die Bundesregierung hat hierfür die gestiegenen Anforderungen – vor allem im gesundheitlichen Bereich – als Anlass gesehen, auf die Pflichtigen der Gruppe T3 zu verzichten. Die veränderten Rahmenbedingungen der Bundeswehr erforderten eine – nicht weiter beschriebene – „fähigkeitsorientierte Neuausrichtung des Ausbildungssystems".[119] Grundsätzlich muss es der Bundesregierung frei stehen, auf eine veränderte Bedrohungslage zu reagieren. Mit Blick jedoch auf eine Ausmusterungsquote nahe der 50 %-Marke liegt der Verdacht nahe, die Tauglichkeitskriterien seien zu hoch angesetzt.[120] Dieser Befund wird flankiert durch die fehlende etatmäßige Bereitstellung von Mitteln, die erforderlich wären, um die noch verbleibenden Pflichtigen vollständig zu einem Dienst heranzuziehen. Dies führt gegenwärtig dazu, dass die an sich wohl überwiegend verfassungsgemäßen Normen über die Einberufung *in ihrer Gesamtheit* dem Merkmal der Allgemeinheit der Wehrpflicht zuwider laufen, d. h. strukturell gegenläufig wirken. In der Folge kann die *allgemeine Wehrpflicht* bereits von vorneherein nicht wirksam umgesetzt werden. Das Gebot der Belastungsgleichheit wird in einer solchen Situation grundlegend, d. h. prinzipiell im normativen Bereich und nicht bloß im Vollzug verfehlt.[121] Es liegt auf der Hand, dass dieser Gesetzeszustand nicht auf Dauer Bestand vor der Verfassung haben kann.

bb) Zurechenbarkeit des strukturellen Vollzugsdefizits

Belastungsungleichheiten sind dem Gesetzgeber (auch) dann zurechenbar, wenn sie auf Verwaltungsvorschriften – wie etwa den Einberufungsrichtlinien – beruhen, die dieser bewusst und gewollt bei seiner Regelung hingenommen hat. Zudem ist erforderlich, dass sich die Unerreichbarkeit der geforderten Belastungsgleichheit hätte aufdrängen müssen.[122] Mit den Gerichtsurteilen[123] der jüngeren Zeit haben die Gerichte auf die Problematik fehlender „Wehrgerechtigkeit" hingewiesen. Der Umstand, dass administrative Wehrdienstausnahmen unzulässig sind, musste dem Gesetzgeber spätestens seit dem Wehrdienstopferbeschluss des BVerfG aus dem Jahre 1974[124] bekannt sein. Indem er u. a. die vorher in Erlassen geregelte Heranziehungspraxis in Gesetzesform überführt hat, hat der Gesetzgeber die einschlägigen Normen über die Einberufung bewusst und gewollt hingenommen. Er musste diese sogar voraussetzen. Dabei drängte sich ihm die Problematik geburtenstarker Jahrgänge i. V. m. einem zurückgehenden Wehrpflichtigenbedarf auch auf, denn der Gesetzgeber verfügt nicht nur über hinreichende Statistiken, sondern er selbst bestimmt die Zukunft der Bundeswehr und deren Personalstärke. Über das jährliche Haushaltsgesetz wurde der bedenkliche Zustand periodisch erneuert. Das Belastungsgleichheitsdefizit ist ihm deshalb zuzurechnen.[125]

cc) Verfassungsimmanente Grenzen

Das BVerfG hat erkennen lassen, einen Verstoß gegen den Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit" an den veränderten Anforderungen hinsichtlich der Verteidigungsbereitschaft vor dem Hintergrund der Einbindung der BRD in transnationale Sicherheitsbündnisse messen zu wollen.[126] Hierbei dürfte zu beachten sein, dass die prinzipielle Verfehlung der Belastungsgleichheit in ihrer gegenwärtigen Form dem abwägungsfesten Wesensgehalt des Gleichheitssatzes[127] aus Art. 3 Abs. 1 GG zuwider läuft. Eine andere Einschätzung müsste dazu führen, dass das Gebot der Belastungsgleichheit leer liefe. Wenn darüber hinaus eine Abwägung vorgenommen werden sollte, dürfte sich die massive Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund einer veränderten Bedrohungslage nur dann rechtfertigen lassen, wenn keinerlei Alternativen für eine effektive Lan-

115 *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 107 f.

116 Vgl. *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 108–171 mit guten Gründen; das BVerwG hält alle Tatbestände dagegen für durchweg sachgerecht E 122, 331 (343 f.); ebenfalls wohl auch *Dieter Walz,* Zur Wehrgerechtigkeit bei der Einberufung von Wehrpflichtigen, NZWehrr 2005, 129 f.

117 1.844 Betroffene im Jahrgang 1987 = Summe der Werte aus BT-Drs. 16/12522, S. 9, 18.

118 Vgl. *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 177 Tabelle 8; sowie die Zahlen aus BT-Drs. 16/12522, S. 6 für die Jahre 2006 und 2008 sowie BT-Drs. 16/12522, S. 5 für das Jahr 2007, wobei in 2007 nur die Erstuntersuchungen erfasst wurden.

119 BT-Drs. 15/3279, S. 10, 13.

120 Ähnlich *Walz,* WpflG (Fn. 48), Vor § 9 Rn. 8; VG Köln, Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08; zweifelnd *Glenewinkel/Tobiassen* (Fn. 37), NVwZ 2010, 171 (173); dazu auch *Tetzlaff* (Fn. 37), S. 341 f.

121 Im Ergebnis ebenso *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 199; *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (458); *Voland* (Fn. 26), ZRP 2007, 185 (186 f.).

122 Zu diesen Voraussetzungen BVerfGE 84, 239 (272).

123 U. a. BVerwGE 122, 331.

124 BVerfGE 38, 154 (167 f.).

125 So auch *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 203; *Tetzlaff* (Fn. 37), S. 346; ganz ähnlich bereits *Voland* (Fn. 14), DÖV 2004, 453 (458).

126 BVerfG (K), NVwZ 2010, 183 (184).

127 Zum Verhältnis von Gleichheitssatz, Wesensgehalt und Menschenwürde siehe *Peter Michael Huber,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 19 Rn. 192 ff.

desverteidigung zur Verfügung stünden. Das BVerfG hat jedoch bereits darauf hingewiesen, dass der Sicherheitsauftrag zulässigerweise auch durch eine Freiwilligenarmee zu bewältigen sei.[128] Selbst wenn keinerlei Alternativen zur Verfügung stünden, wäre über Kompensationsmaßnahmen[129] nachzudenken. Auch solche hat der Gesetzgeber bislang nicht erwogen. Die prinzipielle Belastungsungleichheit lässt sich daher nicht rechtfertigen.[130]

dd) Verfassungswidrigkeit der normativen Ausgestaltung der Pflichtdienste

Im Ergebnis ist nicht die allgemeine Wehrpflicht an sich, wohl aber ihre derzeitige Ausgestaltung verfassungswidrig (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 i. V. m. § 21 WpflG).[131] Von dem Verstoß gegen das Wehrpflichtgerechtigkeitsgebot hinsichtlich der Außenwirkung ist auch der Ersatzdienst betroffen (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 WpflG i. V. m. §§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 ZDG). Dem steht es nicht entgegen, dass das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 S. 1 WPflG – *isoliert* betrachtet – bereits bejaht hat,[132] da dies vor dem Hintergrund der Frage geschah, ob der Begriff der Wehrpflicht zulässigerweise auch den Ersatzdienst umschließt. Soweit dieses Ergebnis auf die Außenwirkung des Grundsatzes der Wehrdienstgerechtigkeit gestützt ist, ist damit zugleich die folgerichtige Ausgestaltung des Wehrdienstes verneint. Zusätzlich flankiert wird dieses Ergebnis durch die aufgezeigten Verstöße gegen die sekundär maßgeblichen Grundsätze der Wehrdienstgerechtigkeit (Innenwirkung) und Pflichtdienstgerechtigkeit.[133]

2. Das Verhältnis von Wehr- und Ersatzdienst unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit

Die absolute Zahl der Zivildienstleistenden liegt deutlich über derjenigen der Wehrdienstleistenden. Gegenwärtig rechnet die Bundesregierung jährlich mit ca. 57.500 Einberufungen zum Wehrdienst gegenüber ca. 91.000 Einberufungen zum Zivildienst.[134] Dieser Zustand konfligiert mit der Pflicht des Gesetzgebers zur folgerichtigen Ausgestaltung[135] des Wehrdienstrechts im Sinne der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für den Wehrdienst.[136] Nur als Ausnahme steht die Pflicht zum Ersatzdienst im Falle des rechtmäßig verweigerten Kriegsdienstes. Faktisch ist das Dienen bei den Streitkräften hingegen zur Ausnahme geworden. Nichtsdestotrotz bleibt zu beachten, dass die Zahl der zukünftigen Kriegsdienstverweigerer ungewiss ist. Zwar lassen die Erkenntnisse vergangener Jahre Rückschlüsse auf künftige Größen zu, doch bleibt die tatsächliche Zahl abhängig von der Inanspruchnahme eines Grundrechts. Alleine unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit lässt sich somit nicht auf die Verfassungswidrigkeit des aus den Fugen geratenen Regel-Ausnahmeverhältnisses von Wehr- und Ersatzdienst schließen. Eine zunehmende Verschärfung dieser Situation kann aber als Indiz gegen die verfassungsmäßige Ausgestaltung der allgemeinen Wehrpflicht gesehen werden, weil hierdurch die Primärpflicht zusätzlich in Frage gestellt ist.[137]

IV. Fazit und Ausblick

Unter Gleichheitsgesichtspunkten bedarf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Einberufungsvorschriften einer *umfassenden Gesamtschau* des Gebots der Wehrpflichtgerechtigkeit. Dabei sind alle Dimensionen und Ausprägungen, insbesondere aber der Aspekt der Außenwirkung zu würdigen. Einzig die Perspektive der Innenwirkung der Wehrpflichtgerechtigkeit erweist sich bei dieser Frage aufgrund der spezielleren und damit vorrangigen Ausprägungen als ein nicht brauchbarer Parameter. Das festgestellte strukturelle Vollzugsdefizit der jüngeren Vergangenheit hat die Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über die Einberufung zu Wehr- und Ersatzdienst zur Folge. Ob diesem Befund durch die zum 01.12.2010 eintretende Verkürzung der Dauer des Dienstes auf sechs Monate schlussendlich abgeholfen werden kann, erscheint zweifelhaft. Hierzu wäre nach dem Kriterium der Außenwirkung der Wehrdienstgerechtigkeit eine signifikante Erhöhung der Einberufungszahlen im Bereich des Wehrdienstes pro Geburtenjahrgang erforderlich. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Verkürzung der Dienstdauer entsprechende Kapazitäten frei machen würde. Unterdessen bliebe durch den Gleichlauf der Dienste das Missverhältnis zwischen den Diensten bestehen. Die Betroffenen der entsprechenden Jahrgänge können gegen einen Einberufungsbescheid deshalb mit dem Hinweis auf eine verfassungswidrige Ermächtigungsgrundlage vorgehen. Dem Staat ist es also verwehrt, Einberufungsentscheidungen zum Wehrdienst einzig am Personalbedarf der Bundeswehr festzumachen, da er unter den derzeitigen Umständen andernfalls faktisch einen von der Verfassung nicht vorgesehenen Auswahlwehrdienst statuieren würde. Inwieweit er deshalb gezwun-

128 BVerfGE 48, 127 (160).

129 Siehe dazu etwa *Michael Elicker,* Der Grundsatz der Lastengleichheit als Schranke der Sonderabgaben, Inpflichtnahmen und Dienstleistungspflichten, NVwZ 2003, 304 (307).

130 So auch *Fleischhauer* (Fn. 6), S. 203 ff.; wohl auch *Voland* (Fn. 26), ZRP 2007, 185 (187).

131 VG Köln, Beschl. v. 15.04.2005 – 8 K 8564/04; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5913/08; Beschl. v. 03.12.2008 – 8 K 5791/08.

132 BVerfGE 80, 354 (359); siehe zur Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht an sich bereits BVerfGE 12, 45; eine ähnliche Differenzierung findet sich bereits in 84, 239 (284).

133 Aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, dass das BVerfG dem VG Köln vorhält, es habe die grundlegende Frage des Bezugsmaßstabs nicht in der gebotenen Weise erörtert – zumindest wäre ein Verstoß gegen Art. 3 I GG wohl bei Heranziehung eines jeden Maßstabs festzustellen gewesen, vgl. BVerfG (K), NVwZ 2010, 183.

134 BT-Drs. 16/8637, S. 31; vgl. auch BT-Drs. 17/1953, S. 1.

135 Dazu BVerfGE 84, 239 (271); BVerfG, NJW 2009, 48 (50); vgl. auch *Simon Bulla,* Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, ZJS 2008, 585.

136 Vgl. BVerfGE 48, 127 (166).

137 In diese Richtung auch *Kokott,* in: Sachs (Fn. 24), Art. 12a Rn. 20, 23; deutlicher noch *Vosgerau* (Fn. 20), ZRP 1998, 84; kritisch auch *Fröhler* (Fn. 87), ZRP 1996, 433.

gen sein kann, alle Wehrpflichtigen bedarfsunabhängig nur um des Prinzips und dessen Aufrechterhaltung willen einzuberufen,[138] ist keine Frage des Gleichheitssatzes, sondern vielmehr eine solche der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Dann nämlich liegt der Verdacht nahe, der Mensch werde vom Staat lediglich noch als Objekt wahrgenommen. De facto könnte hieraus auf Dauer der Zwang erwachsen von der Idee des „Bürgers in Flecktarnung“ Abstand zu nehmen. Die jüngsten Gesetzesänderungen und öffentlichen Diskussionen stellen dabei den ersten Schritt eines Abschieds in Raten dar.

138 Dazu die *Kommission Gemeinsame Sicherheit und Zukunft der Bundeswehr,* Bericht der Kommission an die Bundesregierung, 23.05.2000, Rn. 97, 99.