

Dr. iur. Felix Ekardt, M.A. (Rostock)<sup>1</sup> = DVBl 2001, 1171 ff.

## Wehrpflicht nur für Männer – vereinbar mit der Geschlechteregalität aus Art. 79 III GG?

Ein Anwendungsfall erfahrungswissenschaftlich informierter Verfassungsauslegung

*Art. 12a IV 2 a.F. GG bestimmte bislang, daß Frauen „auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten“ dürfen. Nunmehr hat der EuGH ausgesprochen, daß der Ausschluß von Frauen auch vom freiwilligen Armeedienst jedenfalls in pauschaler Form (wie es Art. 12 IV 2 GG nach h.M. vorsah<sup>2</sup>) gemeinschaftsrechtswidrig wäre.<sup>3</sup> Denn die EG-Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, zu Berufsausbildung und zum beruflichem Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen<sup>4</sup> verbietet eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die Richtlinien- ausnahme für Tätigkeiten, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, hat der EuGH als Rechtfertigung für einen pauschalen Waffendienstauschluß für nicht einschlägig erklärt.<sup>5</sup> Nach einer Grundgesetzänderung im Herbst 2000 bestimmt Art. 12a IV 2 n.F. GG: Frauen "dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden". Der Beitrag untersucht die Vereinbarkeit der damit affirmierten Beschränkung der (unfreiwilligen) Wehrpflicht auf Männer mit Art. 79 III GG.*

### A. Gehört das Gleichberechtigungsgebot zum änderungsfesten Bestand des Grundgesetzes?

Das EuGH-Urteil zum weiblichen Waffendienst und die Änderung des Art. 12a IV GG werfen Folgefragen auf. Abgesehen von der aktuell politisch kontroversen Frage, welche konkreten Verwendungsbeschränkungen weiterhin zulässig sind<sup>6</sup>, rückt die auf Männer beschränkte Wehrpflicht zunehmend in den Blickpunkt. Art. 12a GG I enthält eine Grundrechtseingriffsermächtigung, nach der nur Männer zum Dienst in den Streitkräften verpflichtet werden können (was Art. 12a IV 2 GG nunmehr affirmiert). Der EuGH hat sich hierzu nicht geäußert, da staatliche Zwangsdienste nicht Gegenstand der Richtlinie sind.<sup>7</sup> Im Anschluß an eine aktuelle

<sup>1</sup> Der Verfasser arbeitet bei Prof. Dr. Wilfried Erbguth, Universität Rostock, an einem Habilitationsvorhaben zum Thema Wirtschaftsverwaltungsrecht und intergenerationelle Gerechtigkeit.

<sup>2</sup> BVerwG, NJW 1996, 2174; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12a Rdn. 56; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 1996, Art. 12a Rdn. 33; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 12a Rdn. 20; Hellenthal, Frauen, S. 22; a.A. aber Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdn. 270; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12a Rdn. 3; Slupik, ZRP 1990, 306; differenzierend Steinkamm, NZWehrR 1994, 133/136 ff.

<sup>3</sup> EuGH, NJW 2000, 497 ff.; vgl. auch EuGH, NJW 2000, 499 ff.; aus dem Schrifttum: Streinz, DVBl 2000, 585 ff.; Lenz, ZRP 2000, 265 ff.

<sup>4</sup> Richtlinie 76/207 vom 09. 02. 1976, ABl. EG Nr. L 39/40.

<sup>5</sup> Dagegen postuliert Scholz, DöV 2000, 417/418 f., daß das männliche Geschlecht "unabdingbare Voraussetzung" für den Soldatenberuf sei. Sollte er dies *deskriptiv* meinen, bedürfte sein Standpunkt zumindest einer Begründung (zu möglichen Ansätzen vgl. die folgenden Seiten). Meint er demgegenüber, daß die "unabdingbare Voraussetzung" *normativ* aus Art. 12a GG folge, würde verkannt, daß der EuGH und nicht der einzelne Mitgliedstaat letztgültig das Gemeinschaftsrecht und somit die Richtlinie interpretiert.

<sup>6</sup> Offengelassen bei Lenz, ZRP 2000, 265/268. Steinlechner, WPflG, § 1 Rdn. 18 und Grimm, ZRP 1987, 394 stellen umgekehrt die Frage, ob eine Verfassungsänderung mit dem Ziel, Frauen den Kriegsdienst zu gestatten, mit Art. 79 III GG vereinbar wäre. Dabei wird übersehen, daß Art. 79 III den Art. 12a GG nicht vor Änderungen zu schützen vermag, weil die Vorschrift nachträglich ins Grundgesetz eingefügt worden ist.

<sup>7</sup> Hier könnten allenfalls die vom EuGH sukzessive entwickelten ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte eingreifen.

Diskussion dieser Frage in Regierungskreisen<sup>8</sup> ist die Zulässigkeit der Verfassungsverankerung einer einseitigen Wehrpflicht damit eine *verfassungsrechtlich* zu lösende Frage.

Art. 12a I, IV 2 GG sind zwar selbst Verfassungsrecht. Das BVerfG hat indes die grundsätzliche Denkbarkeit verfassungswidrigen Verfassungsrechts und somit die Denkmöglichkeit einer notwendigen Verfassungsänderung aus verfassungsrechtlichen Gründen in mehreren Entscheidungen anerkannt<sup>9</sup>; sie ist gegeben, wenn verfassungsrechtliche Normen den unabänderbaren Gehalten des Art. 79 III GG, der Ewigkeitsklausel, zuwiderlaufen.<sup>10</sup> Damit steht die Vereinbarkeit einer auf Männer beschränkten zwangsweisen Wehrpflicht und geschlechterdifferenzierender Verwendungsschranken mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung im deutschen Verfassungsrecht in Frage, was in einem vorgelagerten Schritt die Prüfung erforderlich macht, ob die Gleichberechtigung dem Art. 79 III GG unterfällt und damit einen tauglichen Prüfungsmaßstab für "sonstiges" Verfassungsrecht abgibt. Rechtsfolge könnte entweder eine Pflicht zur Verfassungsänderung oder dazu sein, von der Ermächtigung des Art. 12a I GG, eine Wehrpflicht zu praktizieren, im Wege der verfassungskonformen Auslegung keinen Gebrauch zu machen.<sup>11</sup> Die nachfolgende Untersuchung fokussiert die Wehrpflichtproblematik und läßt die Möglichkeit einfachgesetzlicher Verwendungsbeschränkungen meist außer Ansatz, wobei es angesichts fehlender Vorarbeiten und der überaus komplexen Problematik mehr um eine erste Annäherung als um endgültige dogmatische Festlegungen geht.

### ***I. Interpretation der geschlechterbezogenen Gleichheitssätze***

Wenn die Gleichberechtigung der Geschlechter dergestalt als Prüfungsmaßstab aktiviert werden soll, ist ebenjener Maßstab zunächst aufzubereiten. Um feststellen zu können, wie das Gleichberechtigungsgebot zu verstehen ist und ob es dem Art. 79 Abs. 3 GG unterfällt, soll zunächst einmal die „einfach-verfassungsrechtliche“ Gewährleistung in Art. 3 GG unter die Lupe genommen werden. Dabei ist das Verhältnis von Art. 3 II 1 GG zu Art. 3 III 1 GG klärungsbedürftig. Die erste Vorschrift normiert die Gleichberechtigung, die zweite verbietet die Benachteiligung wegen des Geschlechts, was prima facie den Anschein einer überflüssigen Duplizierung erweckt. Das BVerfG hat in einer jüngeren Entscheidung den Anschein erweckt, daß, soweit es um Ungleichbehandlungen des Mannes gehe, nicht Art. 3 II 1 GG, sondern Art. 3 III 1 GG die einschlägige Vorschrift sei.<sup>12</sup> Historisch mag für eine derartige Sichtweise anführbar sein, daß die rechtliche und soziale Ungleichbehandlung der Frau der Ausgangspunkt der Gleichheitsgewährleistung des Art. 3 II GG war und immer noch ist. Andererseits käme grammatisch in Betracht, Art. 3 III 1 GG als bloße erneute Bekräftigung ohne eigenständigen Regelungsgehalt zu lesen. Insgesamt kann die Frage wohl offenbleiben; Sacksofsky konnte in einer umfassend angelegten Untersuchung nachweisen, daß das BVerfG insgesamt in der Ge-

<sup>8</sup> FAZ v. 28.10.2000, S. 1 f.

<sup>9</sup> Vgl. zuletzt zu Art. 16a GG BVerfGE 94, 49 ff.; 94, 115 ff.; 94, 166 ff.

<sup>10</sup> Da materielle Verfassungsverstöße keine Heilungsmöglichkeiten kennen, steht der Zeitablauf seit der Schaffung des Art. 12a I GG 1968 und des Art. 12a IV 2 2000 einer Überprüfung nicht entgegen.

<sup>11</sup> Diese Hierarchie der Fragestellungen dürfte Scholz, DöV 2000, 417/418 verkennen, wenn er - ohne Begründung - meint, „im Fall des Art. 12a IV 2 GG handelt es sich um eine bewußt differenzierende, also nicht gleichheitswidrige (Schutz-)Norm zugunsten der Frauen“. Damit bleibt nicht nur das zumindest eingehend zu prüfende Rangverhältnis von Gleichberechtigung und Art. 12a GG ungeprüft. Zugleich ist die Formulierung mißverständlich dahingehend, daß der Eindruck entsteht, die "Bewußtheit" einer Differenzierung könne ihr per se einen sachlichen Grund verschaffen.

<sup>12</sup> BVerfGE 85, 191/207; vgl. dazu auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rdn. 67 und Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 89.

schlechterfrage die gleichen inhaltlichen Kriterien aus Art. 3 II 1 GG und Art. 3 III 1 GG entnimmt.<sup>13</sup> Deshalb braucht gleichfalls nicht erörtert zu werden, ob man ggf. der einen Vorschrift die unmittelbaren und der anderen die mittelbaren Diskriminierungen zuordnen könnte, da die sachliche Beurteilung für beide nach heute h.M. ebenfalls keine Unterschiede aufweist<sup>14</sup> - einmal abgesehen davon, daß es bei Art. 12a GG ohnehin um explizite Ungleichbehandlungen geht. Nachfolgend dürfen die verschiedenen Facetten des Gleichberechtigungsgebots daher als einheitlicher Maßstab behandelt werden. Das liegt auch deshalb nahe, weil der Normbezug ohnehin in Art. 79 III, 1, 20 GG und nicht explizit in Art. 3 GG liegt. Systematische Schwierigkeiten bereitet allenfalls der 1994 neugeschaffene Art. 3 II 2 GG, der den Staat auf die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung verpflichtet. Da die Vorschrift als nachträglicher Verfassungsänderung aber keinesfalls zum änderungsfesten GG-Bestand gehören kann, kommt sie erst an späterer Stelle zur Sprache.<sup>15</sup>

Das Gleichberechtigungsgebot, wie es „einfach-verfassungsrechtlich“ in Art. 3 II 1, III 1 GG normiert ist, untersagt im Grundsatz jegliche Differenzierungen zwischen Männern und Frauen. Die Vorschrift geht über den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG hinaus, der Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem - und umgekehrt - bei Vorliegen eines (trotz einiger Änderungen in der Judikatur immer noch eher weit verstandenen) sachlichen Grundes erlaubt. Dagegen gestattet zwischen den Geschlechtern nach der neueren BVerfG-Rechtsprechung grundsätzlich nur ein biologisch unterlegter Unterschied eine Ungleichbehandlung; jenseits dessen besteht ein absolutes Differenzierungsverbot.<sup>16</sup> Die früher in der Judikatur auftauchende Sichtweise, daß auch funktionale (arbeitsteilige) Aspekte eine Differenzierung gestatten könnten<sup>17</sup>, wird im Schrifttum seit den 70er Jahren durchgängig scharf kritisiert und kann mittlerweile wohl als überholt angesehen werden.<sup>18</sup> Denn soweit in der Judikatur verbal noch auf funktionale Unterschiede Bezug genommen wird, werden nur noch solche anerkannt, die auf biologischen Gegebenheiten beruhen - was es klarer erscheinen läßt, biologische Faktoren von vornherein als einzigen möglichen Differenzierungsgrund zu benennen.<sup>19</sup> Zumindest für unmittelbare Diskriminierungen gilt heute die neue Formel: "Differenzierende Regeln können zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die *ihrer Natur nach* nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind."<sup>20</sup> Diese Formel verbindet biologische Unterschiede mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung der auf solche Unterschiede bezogenen Rechtsfolgen unter Berücksichtigung auch mittelbarer Auswirkungen für die Betroffenen.<sup>21</sup> Umgekehrt ist es von vornherein

<sup>13</sup> Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 3 II GG, 2. Aufl. Baden-Baden 1996, S. 24 und passim; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 112.

<sup>14</sup> Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 96; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rdn. 53 und 59; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdn. 260; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rdn. 86.

<sup>15</sup> Zur Frage einer Rechtfertigung durch Art. 3 II 2 GG im hiesigen Kontext siehe unten C. II.

<sup>16</sup> Vgl. schon BVerfGE 10, 59/74; 15, 337/343; jetzt aber deutlicher 84, 9/18 sowie dazu Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 99 m.w.N. Zur Frage, ob sich daneben ein Dominierungsverbot aus Art. 3 II GG ergibt - was das BVerfG kaum in Betracht zieht -, vgl. Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 349 ff. m.w.N. sowie unten C. II.

<sup>17</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 3, 225/242; 6, 389/423 f.

<sup>18</sup> Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 296; Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 133 f.

<sup>19</sup> Vgl. die zusammenfassende Darstellung von Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 133 f. und passim.

<sup>20</sup> BVerfGE 85, 191/207; 92, 91/109; vgl. dazu Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdn. 273.

<sup>21</sup> BVerfGE 85, 191/209 f.; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdn. 274; vgl. auch Sachs, HStR V, § 126 Rdn. 91. Dies darf auch nicht durch die vermeintlich „rein definitorische“ Herausnahme von Differenzierungen, für die „keine Vergleichbarkeit“ bestünde, umgangen werden - so aber die ältere Rechtsprechung zur Strafbarkeit allein männlicher Homosexualität, vgl. BVerfGE 6, 389/422 ff.; zu Recht kritisch Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdn.

kein zulässiger Differenzierungsgrund, wenn bestimmte Dinge sozial bzw. kulturell "schon immer" so oder so gehandhabt wurden. Die Judikatur läßt sich insoweit - in Abgrenzung zu kommunitaristischen Weltbildern - als Ausdruck des liberal-rationalistischen Menschen- und Staatsverständnisses des GG deuten.<sup>22</sup>

## ***II. Veränderungsfestigkeit des Gleichberechtigungsgebots?***

Doch unterfällt die so definierte Gleichberechtigung der Geschlechter tatsächlich der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG und ist damit vor Änderungen und Einschränkungen gefeit? Zumindest für die allgemeine bürgerliche Rechtsgleichheit hat das BVerfG ausgesprochen, daß sie nicht allein durch Art. 3 I GG normiert wird, sondern zugleich im Rechtsstaatsprinzip bzw. der Menschenwürde enthalten ist.<sup>23</sup> Unerwähnt bleibt in der Judikatur und weitestgehend auch im Schrifttum bislang die Frage, ob die spezifische Gleichstellung von Männern und Frauen durch Art. 79 III GG erfaßt wird.<sup>24</sup>

Bei eingehender Betrachtung dürfte demungeachtet viel dafür sprechen, die Geschlechter-Gleichberechtigung sowohl als Ausfluß der Menschenwürde als auch des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips zu begreifen.<sup>25</sup> Die Gleichberechtigung (das 1994 ins GG aufgenommene Fördergebot zunächst außen vor gelassen) hat den Charakter einer Sonderregelung zur allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz. Die Besonderheit liegt lediglich in den gesteigerten Anforderungen an einen sachlichen Grund; und gerade diese erweisen sich als änderungsfest nach Art. 79 III GG. Am deutlichsten läßt sich dies zeigen, wenn man die umgekehrte Möglichkeit in Betracht zieht (*reductio ad absurdum*<sup>26</sup>). Wer allein den allgemeinen Gleichheitssatz als änderungsfest gelten lassen möchte, müßte konsequenterweise auch den Ausschluß von Frauen etwa vom Wahlrecht oder einen väterlichen Stichtentscheid in Erziehungsfragen oder gar ein Bestimmungsrecht des Mannes über die Arbeitsaufnahme der Frau durch Verfassungsänderung für möglich halten, sofern sich hierfür ein "sachlicher Grund" finden ließe. Zwar mag mancher die Beispiele zurückweisen wollen, da keine Gründe für solche Differenzierungen ersichtlich seien. Diese Auffassung wird vom Verfasser dieses Beitrags ohne Einschränkungen geteilt. Jedoch ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Bestimmung des sachlichen Grundes eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Gestaltungsspielraum genießt. Und die Legislative könnte sich in der Frage, ob "Gründe" für derartige Differenzierungen bestehen, noch heute durchaus auf einzelne (vielleicht eher pseudo-)wissenschaftliche Stimmen stützen, die eine "natürliche" Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern propagieren. Außerhalb des Okzidents dürfte dies sogar der "ganz h.M." entspre-

---

275; Sachs, HStR V, § 126 Rdn. 34; unklar dagegen Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 296.

<sup>22</sup> Den Konflikt liberaler und kommunitaristischer (Rechts-)Philosophien behandelt der Verfasser näher in seiner Habilitationsschrift (vgl. Fn. 1).

<sup>23</sup> BVerfGE 84, 90/121; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 79 Rdn. 9; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 2, Art. 79 Rdn. 26; Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 289 ff.; Even, Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte, 1988, S. 131 f.

<sup>24</sup> Auch die Habilitationsschrift von Hain, Grundsätze, passim macht dabei keine Ausnahme.

<sup>25</sup> In diesem Sinne auch die einzige Stellungnahme in der aktuelleren Literatur, vgl. Even, Bedeutung, S. 232 f.; a.A. dagegen in den 50er Jahren Wolff, JR 1950, 737/739; Apelt, JZ 1954, 401/402 f.

<sup>26</sup> Diese rhetorische Figur findet bereits bei Aristoteles Erwähnung, der den Beleg einer eigenen Position aus der Widerlegung des Gegners, der sich in Widersprüche verwickelt, "elenchos" nennt.

chen.<sup>27</sup> Gern verdrängt wird auch, daß noch vor 50 Jahren in Westeuropa derartiges wenigstens teilweise für recht selbstverständlich gegolten hätte. Daran, daß im übrigen die Philosophiegeschichte voll ist von berühmten Namen (Platon, Aristoteles, Augustinus, Schopenhauer usw.), die zahlreiche "natürliche" Gründe für gravierende Zurücksetzungen von Frauen erblicken, sei nur am Rande erwähnt.

Man möge insoweit nicht argumentieren, daß entsprechende Gesetzesinitiativen keinesfalls in Sicht wären. Dies wäre ein rein faktisches Argument und liefe auf einen Sein-Sollen-Fehlschluß hinaus; wendet man es konsequent an, könnte man die Grundrechte auch insgesamt für obsolet erklären, solange realiter die Staatsgewalt keine Anstalten macht, Freiheit und Gleichheit ganz oder weitestgehend zu beseitigen. Wer also konsequenterweise derartigen Ansinnen einen Riegel vorschieben möchte, wird nicht umhinkommen, die Geschlechteregaltät zum Kernbestand des Art. 79 III GG zu rechnen.

Gegen die Zulassung einer Geschlechterdifferenzierung im Rahmen des Art. 79 III GG jenseits biologischer Faktoren spricht außerdem, daß schon für den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG anerkannt ist, daß anhand von Faktoren, die vom einzelnen nicht beeinflussbar sind, nur ganz ausnahmsweise differenziert werden darf.<sup>28</sup> Die Geschlechtszugehörigkeit dürfte aber geradezu das Paradebeispiel eines (jenseits von Geschlechtsumwandlungen) unbeflussbaren Umstandes abgeben.

Man kann an dieser Stelle die Frage aufwerfen, ob angesichts der hohen Unbestimmtheit des Art. 79 III GG eine ergänzende Argumentation aus der Rechtsphilosophie statthaft ist; die Debatte, in welchen Fällen und ggf. auf welche philosophischen Lehren interpretativ Bezug genommen werden darf, ist bis heute zu keinem befriedigenden Ende gekommen und wird durch Gemeinplätze auf beiden Seiten dominiert.<sup>29</sup> Hielte man eine solche Bezugnahme wenigstens im eher unterdeterminierten und begrifflich stark an die Philosophie rückgebundenen Verfassungsrecht für statthaft – wenigstens zur Klärung von Termini wie „Menschenwürde“ oder „Freiheit“, mag sich ergeben: Gerade die modernen liberalen Theorien, auf deren klassische Vorläufer (*Kant, Locke* usw.) das Grundgesetz im Entstehungszeitpunkt rekurrierte, betonen die möglichst weitgehende Gleichheit in der rechtlichen Position und verlangen für jede Differenzierung Vernunftgründe sowie eine sehr kritische Prüfung jeglichen Herkommens. Unabhängig davon, ob man die legitimatorische Basis des Grundgesetzes nun in einem fiktiven Gesellschaftsvertrag, in einem rawlsianischen Urzustand oder einem habermasianischen Diskurs erblickt, dürfte eine Anwendung der (den verschiedenen liberalen Konzepten stets zugrundeliegenden) Prinzipien der Reziprozität und Verallgemeinerbarkeit die Zweifel an der Zulässigkeit von Geschlechterdifferenzierungen bekräftigen. Die Vorstellung rechtlicher Gleichheit ergab sich in der Philosophie- und Religionsgeschichte aus der Menschenwürde, die wiederum in der Gottesebenbildlichkeit (vgl. Genesis I, 26 f.) bzw. in der humanen Vernunftnatur verankert gesehen wurde.<sup>30</sup> Es erschiene darum untragbar, Menschen zweier Klas-

---

<sup>27</sup> Grundlegend dazu Dumont du Voitel, *Macht und Entmachtung der Frau. Eine ethnologisch-historische Analyse*, 1994.

<sup>28</sup> Zu diesem Argument auch Even, *Bedeutung*, S. 233.

<sup>29</sup> In seiner Habilitationsschrift entwickelt der Verfasser ein Modell, daß in bestimmten „Grenzfällen“ ein übergreifendes Substrat der virulenten rechtsethischen Lehren interpretativ aktiviert werden darf – wobei als Folge freilich eine bloße Verschiebung der Argumentationslast vorgeschlagen wird.

<sup>30</sup> Zur historischen Genese der Menschenrechtsidee im einzelnen Ekardt, *Steuerungsdefizite im Umweltrecht - Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht*, 2001, § 18.

sen als Bürger zu haben. Dergestalt dürfte sowohl die Menschenwürde als auch das Demokratieprinzip, vielleicht auch das Rechtsstaatsprinzip als Inhalt des Art. 79 III GG die Gleichberechtigung der Geschlechter nach strengen Maßstäben garantieren. Im Ergebnis dieser Ableitung ist bereits ein enger Bezug zu Art. 12a I GG gegeben. Denn historisch weist die allgemeine Wehrpflicht eine starke Affinität zum Demokratiegedanken und zum Freiheitsschutz auf, da sie die den absoluten Monarchen hörigen Söldnerheere der frühen Neuzeit abzulösen antraten. Ist aber der ursprüngliche Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht eher der eines Wehrrechts des Bürgers, der kein bloßer Untertan mehr sein will, wird man im weiteren Verlauf sehr genau überlegen müssen, ob sich unabweisbare Gründe ergeben, Frauen – in der ursprünglichen Intention dieses Instituts betrachtet - gewissermaßen zu demokratischen Staatsbürger zweiter Klasse zu machen, indem man sie von der Wehrpflicht ausnimmt.<sup>31</sup>

Wenn damit deutlich geworden ist, daß die - sogleich noch näher zu bestimmende - Gewährleistung der Gleichbehandlung der Geschlechter im Prinzip zum änderungsfesten Kernbestand des Grundgesetzes gehören soll, taucht jedoch ein weiteres Problem auf. Die h.M. erkennt ein "Berühren" gemäß Art. 79 III GG lediglich bei prinzipieller Preisgabe einer geschützten Vorschrift an. "Grundsätze werden als Grundsätze von vornherein nicht berührt, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden".<sup>32</sup> Damit ist fraglich, ob Art. 79 III GG die Gleichberechtigung mit Abweichungsmöglichkeit allein aufgrund biologischer Gesichtspunkte strikt vorgibt oder nur eine ausnahmefähige Schranke für Verfassungsänderungen aufrichtet.<sup>33</sup> Wäre letzteres der Fall, könnte Art. 12a I, IV 2 GG womöglich als eine solche Ausnahme zu deuten sein, die von vornherein nicht der Notwendigkeit biologischer Kriterien genügen muß.

Ersterer Ansicht dürfte aber der Vorzug zu geben sein. Gerade bei der für unantastbar erklärten Menschenwürde ist nicht recht vorstellbar, wie zwischen ihrem Schutzbereich und einem irgendwie reduzierten "Grundsatz" im Sinne des Art. 79 III GG unterschieden werden sollte. Da Rechtsvorschriften ganz allgemein und namentlich so allgemein-unbestimmt gehaltene Verfassungsnormen wie Art. 1, 20 GG in jedem Fall der wertenden Ausfüllung bzw. Auslegung bedürfen, ließe sich eine Grenze zwischen beidem nicht recht ziehen. Hieran vermag auch der Hinweis darauf, daß Art. 79 III GG, weil er die Volkssouveränität einschränke, eng zu interpretieren sei, nichts zu ändern. Denn der Volkssouveränität steht in der Wert- bzw. Prinzipienordnung<sup>34</sup> des Grundgesetzes der Minderheitenschutz gegenüber. Es soll gerade durch eine "wehrhafte Demokratie" und starke Schranken auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber, daß die Demokratie sich à la Ermächtigungsgesetz selbst wegdemokratisiert.

### ***B. Verstoß des Art. 12a I, IV 2 GG gegen das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 79 III GG?***

<sup>31</sup> Das darin anklingende Konzept eines zuendegedachten, modernisierten Liberalismus in Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie wird näher ausgearbeitet in der Habilitationsschrift des Verfassers.

<sup>32</sup> BVerfGE 30, 1/24.

<sup>33</sup> Für ersteres Lücke, in: Sachs, GG, Art. 79 Rdn. 30 f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 79 Rdn. 6; für letzteres Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 79 Rdn. 33; Evers, BK, Art. 79 Rdn. 151 ff.

<sup>34</sup> Der aktuelle Streit um die objektive Dimension der Grundrechte kann an dieser Stelle nicht aufgenommen werden. Vgl. dazu Alexy, Der Staat 29 (1990), 49 (55); Schlink, EuGRZ 1984, 457 (463); Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 ff.

Wenn somit das Gleichberechtigungsgebot als nicht derogierbarer Bestandteil des Grundgesetzes erscheint, stellt sich die Frage, ob Art. 12a I, IV 2 GG mit ihm vereinbar ist. Die Prüfung des speziellen Gleichheitssatzes setzt nacheinander voraus, daß festgestellt wird, daß wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird und daß hierfür keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gegeben ist. Das erstere der Fall ist, wurde schon konstatiert. Die Ungleichbehandlung kann auch nicht etwa dergestalt verneint werden, daß aufgrund des oft erheblichen "Zeitverlustes" infolge der Kindererziehung durch Frauen im späteren Leben die Situation von jungen Frauen und Männern nicht "wesentlich gleich" sei. Denn der Vergleichsgegenstand ist nicht die Gesamtsituation, sondern der Regelungsbereich des Art. 12a I, IV 2 GG – und dieser betrifft nicht das Leben junger Menschen an und für sich, sondern den Wehrdienst. Die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung darf insoweit nicht durch Bildung abwegiger Vergleichspaare unterlaufen werden, weil es die Legislative dann in der Hand hätte, sich ihrer Gleichheitsbindung (vgl. Art. 1 III GG) zu entziehen.

## ***I. Überprüfung anhand des Differenzierungsverbots***

### ***1. Übergehung des Problems in Rechtsprechung und Literatur. Rechtshistorische Bemerkungen zur Wehrpflicht***

In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur wird das Problem eines eventuellen Gleichheitsverstößes durch die auf Männer beschränkte Wehrpflicht meist gar nicht oder nur kurz und apodiktisch behandelt. Stellvertretend für alle nimmt etwa Heun an, daß Art. 12a GG "Sonderregelungen (enthält) zu Art. 3 II, III GG, dessen Diskriminierungsverbote folglich aus verfassungssystematischen Gründen nicht verletzt sein können"; in der gleichen bündigen Kürze behandelte das BVerfG ursprünglich diese Frage.<sup>35</sup> Dergestalt erwähnt praktisch jeder Kommentar zum Grundgesetz die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht – jedoch beschränkt sich die Kommentierung in den meisten Fällen auf einen apodiktischen Satz.<sup>36</sup> Eine solche Herangehensweise trägt zur Klärung indes wenig bei, weil es eben um Art. 79 III GG und nicht direkt um Art. 3 GG geht. Für die Frage, ob Differenzierungsgründe bestehen, kann daher nicht auf Vorarbeiten zurückgegriffen werden.

Faktisch führt die jahrtausendlang scheinbar selbstverständliche Differenzierung zwischen den Geschlechtern in Wehrfragen auf eine traditionelle Rollenverteilung zwischen Frauen und Männern zurück. In der modernen Rechtsgeschichte besteht der Gedanke der allgemeinen – respektive rein männlichen - Wehrpflicht seit der französischen Revolution. Allerdings existierte bereits im republikanischen Rom und ebenso zeitgleich bei den germanischen Völkern eine Wehrpflicht als Bürgerpflicht bzw. Kriegsdienstpflicht mit selbst zu beschaffender Rüstung.<sup>37</sup> Die mittelalterliche Lehensverfassung drängte die allgemeine Wehrpflicht allmählich völlig in den Hintergrund, ohne sie indes völlig zu beseitigen. Die Erfolge der napoleonischen Armeen ebenso wie der "Kampf um das französische Recht" wurden sodann ursächlich für

---

<sup>35</sup> Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 12a Rdn. 13; BVerfGE 12, 45/52 f.; ebenso BVerfGE 48, 127/165; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12a Rdn. 1; Hellenthal, Frauen im Bundesgrenzschutz. Folge der Gleichberechtigung oder Verstoß gegen Art. 12a IV 2 GG?, 1988, S. 21 f. (dort Fn. 21); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Stand 1994, Art. 12a Rdn. 31; kritisch dagegen Slupik, ZRP 1990, 305 f.

<sup>36</sup> Vgl. außer den bereits zitierten Fundstellen auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 12a Rdn. 2 und Hall, JZ 1968, 165.

<sup>37</sup> Hierzu und zum folgenden Foerster (Hg.), Die Wehrpflicht, 1994; Fröhler, Grenzen legislativer Gestaltungsfreiheit in zentralen Fragen des Wehrverfassungsrechts, 1995, S. 143 ff.

die Wiederverbreitung der allgemeinen Wehrpflicht im 19. Jahrhundert, wobei sie vielfach zunächst in den obrigkeitsstaatlichen politischen Rahmen eingefügt wurde. Genau diese Art von Differenzierungen ist jedoch nach neuerer Rechtsprechung, wie dargelegt, im Grundsatz unzulässig. Daß eine Unterscheidung zwischen den Geschlechtern im Wehrwesen "schon immer" bestanden hätte – die Verität einer solchen Annahme einmal unterstellt –, wäre für sich genommen gerade kein Grund, die Differenzierung unter der Geltung des Grundgesetzes noch anzuerkennen.

Müßte man in Ablehnung sozialer Differenzierungskriterien dann nicht aber (in Anlehnung an ebensolche Ausführungen Gornigs zu Art. 12a IV 2 GG a.F.) sagen: Die Norm des Art. 12a I GG "ist antiquiert und wird den modernen Anforderungen an die gleichberechtigte Mitwirkung der Frau auch in militärischer Hinsicht nicht mehr gerecht. Die gewandelte Auffassung von den Geschlechterrollen ist geeignet, die Fragwürdigkeit dieser Norm zu verstärken. Frauen sind nicht mehr Schutzbefohlene der Männer, ihre grundsätzlich gegebene physische Unterlegenheit spielt heute bei der Anwendung moderner Waffen keine Rolle. Die historische Begründung für den Ausschluß von Frauen entspricht einer heute veralteten Vorstellung von Männlichkeit und Weiblichkeit. Es ist daher möglich und wegen der Verwirklichung einer umfassenden Gleichberechtigung geboten, daß der Verfassungsgeber die Regelung des Art. 12a (IV 2 a.F.) GG im Wege der Verfassungsänderung streicht"<sup>38</sup> Zu ergänzen bliebe, daß Frauen zwar in der Tat im Schnitt über weniger Kraft verfügen als Männer, diese jedoch nicht nur im Zeichen moderner Waffen eher irrelevant ist<sup>39</sup>, sondern gleichzeitig eine höhere Ausdauer bei Frauen verzeichnet werden kann. Ob Art. 12a I, IV 2 GG verfassungswidriges Verfassungsrecht ist, hängt also davon ab, ob jenseits traditioneller Faktoren biologische Gesichtspunkte für eine Unterscheidung anführbar sind.

Mag es in der europäischen Historie eine Wehrpflicht stets als rein männliche Dienstpflicht gegeben haben, finden sich international zudem durchaus auch Ausnahmen: In Israel wurden 1948/49 im Unabhängigkeitskrieg Frauen als vollwertige Soldatinnen eingesetzt. In den Auseinandersetzungen von 1956, 1967, 1973 und 1982 dagegen hat die israelische Generalität eine unmittelbare Beteiligung von Frauen an Kampfhandlungen vermieden. Stattdessen fand das weibliche Geschlecht Verwendung bei weiteren kriegswichtigen Tätigkeiten wie dem Kaffeekochen oder im Sanitätsdienst. Begründet wurde dieser Gesinnungswandel damit, daß die Beteiligung von Frauen im Unabhängigkeitskrieg fatale Auswirkungen auf den Kampfeswillen der Männer gehabt hätte. Erstens seien die Männer im Schützengraben oftmals weniger mit dem Gegner als mehr mit dem Ausleben ihres Beschützerinstinkts gegenüber den neben ihnen liegenden Frauen. Zweitens seien bei Männern gehäuft psychische Zusammenbrüche infolge des Anblicks verstümmelter oder toter Frauen aufgetreten.

## **2. „Beschützerrolle“ als biologisches oder kulturelles Phänomen?**

Die Armee übt im modernen liberal-demokratischen Staat eine defensive Funktion als schützende bzw. abschreckende Verteidigungsreinrichtung aus. Läßt sich nun aufweisen, daß eine „Beschützerrolle“ der Männer in der Gesellschaft biologisch-genetisch vorgegeben ist? Wäre dem so, wäre möglicherweise ein Differenzierungsgrund im Rahmen des Gleichberechti-

<sup>38</sup> Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 1999, Art. 12a Rdn. 168.

<sup>39</sup> Slupik, ZRP 1990, 305/306; Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 1999, Art. 12a Rdn. 168; Berg, NZWehrR 1979, 82.

gungsgebots gegeben. Er muß eingehend geprüft werden, da, wie bedeutet, die rein weibliche Gebärfähigkeit keine Differenzierung in der Wehrpflichtigkeit zu erzwingen vermag. Auch gegen eine genetisch imprägnierte Beschützerrolle ergeben sich jedoch eine Reihe von Bedenken<sup>40</sup>:

Erstens sind zwar, wie die ethnologische Forschung umfänglich dokumentiert hat, inferiore gesellschaftliche Positionen, eine Monopolisierung der Gewalt bei den Männern und wie auch immer geartete Beschützervorstellungen weltweit verbreitet.<sup>41</sup> Ein grausames Pendant findet dies in der ebenfalls globalen Tendenz, aus Anlaß militärischer Siege die Frauen der „besiegten Männer“ zu vergewaltigen.<sup>42</sup> Eine kulturübergreifende latente Existenz solchen Tuns mag im ersten Moment für eine biologische Rückgebundenheit sprechen. In diesem Sinne wollen manche Vertreter der naturwissenschaftlichen Verhaltensforschung häufig Vergewaltigungen als Expression körperlicher Überlegenheit und Ausleben des Fortpflanzungstriebes deuten. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob nicht wenigstens gleichrangig, vielleicht sogar vorrangig – wie dies Soziologen und Ethnologen präferieren – eher der Charakter als Machtdemonstration, der durchaus sozial erworben sein kann, im Vordergrund steht. Dergestalt geht die ethnologische bzw. allgemein die sozialwissenschaftliche Forschung beinahe durchgängig davon aus, bewiesen zu haben, daß die Subordination der Frauen im wesentlichen das Produkt entsprechender Sozialisation (also Erziehung) sei.<sup>43</sup> Mädchen seien nicht qua Geburt in der Rolle der Beschützten, sondern würden gezielt zu Unterordnung und Aggressionsunterdrückung erzogen, wogegen bei Jungen „Ellenbogenmentalität“, Raufen, Kriegsspielen gern gesehen, zumindest aber weniger streng als bei Mädchen bestraft würden. Entsprechende Erziehungspraktiken sind empirisch-ethnologisch weltweit aufweisbar. Daß die Sozialisation schon in der frühesten Kindheit einsetzt, macht es schwierig, biologische und kulturelle Verhaltensantriebe insoweit klar zu trennen.<sup>44</sup> Im Zweifel könnte – jenseits der oft polarisierten Debatte zwischen Natur- und Sozialwissenschaftlern – manches dafür sprechen, ein Zusammenwirken genetischer und erworbener Faktoren bei der Ausprägung traditioneller männlicher Beschützerselbstverständnisse anzunehmen; eine daran anknüpfende Differenzierung wäre nur statthaft, wenn man auch die teilweise biologische Grundierung eines Unterschieds für ausreichend im Rahmen des Gleichberechtigungsgebotes hielte.

Zweitens bliebe fraglich, selbst wenn man einen biologischen Unterschied ausmachen sollte, ob dies verfassungsrechtlich ausschlosse, Frauen als verpflichtet anzusehen, an ihrem eigenen „Schutz“ zumindest mitzuwirken - zumal die Bundeswehr natürlich nicht nur Frauen schützt, sondern auch Kinder, Alte, Kampfunfähige, Wehrdienstverweigerer usw. Dies gilt um so mehr, als historisch Frauen immer dann, wenn es in der Sache geboten erschien (z.B. aus

---

<sup>40</sup> Zutreffend hierzu Slupik, ZRP 1990, 305; Dumont du Voitel, Macht, passim. Allgemein zur Unterscheidung biologischer und kultureller Hintergründe von Handlungsmotivationen Ekardt, Steuerungsdefizite, § 13. 4.

<sup>41</sup> Eingehend dazu Dumont du Voitel, Macht, S. 75 ff., 193 ff. und 243 ff. mit umfangreichen Nachweisen. Zur Geschichte des männlichen Militärmonopols Albrecht-Heide/Bujewski, Militärdienst für Frauen, 1982, S. 15 ff.

<sup>42</sup> Nicht nur in den 90er Jahren auf dem Balkan oder in den 40er Jahren in Mittel- und Osteuropa, sondern desgleichen im Alten Testament fanden bzw. finden sich entsprechende Ereignisse. Zur Kritik schon im Mittelalter vgl. Lerner, Die Entstehung des feministischen Bewußtseins, 1995, S. 170 ff.

<sup>43</sup> Umfassend wiederum Dumont du Voitel, Macht, S. 246 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. außerdem Lebra, Japanese Women, Constraint and Fulfillment, 1985, S. 42 ff.; Mitscherlich-Nielsen, Die friedfertige Frau. Eine psychoanalytische Untersuchung zur Aggression der Geschlechter, 1987, passim; Tancer, in: Pescatello, Female and Male in Latin America, 1973, S. 217 und passim.

<sup>44</sup> So sind empirisch ein unterschiedliches Stillverhalten sowie ein differenziertes Maß zärtlicher Zuwendung seitens der Mütter aufgewiesen worden; vgl. Scheu, Zur frühkindlichen Erziehung in unserer Gesellschaft, 1977, passim; Dumont du Voitel, Macht, S. 251 m.w.N.

Männermangel), tatsächlich in mehr oder weniger weitgehender Weise in die Streitkräfte integriert wurden.<sup>45</sup> Letztlich würden so die Grundstrukturen der menschlichen Gesellschaft auf dem Standard der Altsteinzeit, aus dem unsere genetische Ausstattung stammt, konserviert. Kultur und speziell das Recht als prägender Kulturfaktor gewinnen aber allein daraus ihre Existenzberechtigung, daß sie den Kampf der freien Wildbahn um Macht und Überleben nicht achselzuckend zur Kenntnis nehmen, sondern das Verhalten des "Mängelwesens Mensch" regulieren und auch u.U. sehr starke "natürliche" Verhaltensantriebe zu unterbinden. In diesem Sinne würde wohl auch niemand das Rechtsinstitut der Ehe abschaffen oder gar diverse Sexualdelikte straflos stellen wollen, wenn die ethnologische Forschung ergibt, daß Naturvölker meist jede sexuelle Restriktion strikt ablehnen. Damit läßt sich die Rechtfertigung von Differenzierungen aus biologischen Gründen schärfer konturieren: Daß ein Faktor biologisch (mit-)geprägt wird, besagt nicht automatisch, daß er nicht durch entsprechende Erziehung transzendiert werden kann. Was sollte denn gelten, wenn sich etwa "beweisen" ließe, daß Männer biologisch zu Herrschafts- und Beschützerwünschen gegenüber Frauen neigten (und wenn Frauen vielleicht gar gewisse biologische Präferenzen für eine derartige Rollenverteilung hätten)? Wäre der liberal-demokratische Rechtsstaat dann etwa gehalten, dies zu akzeptieren? Oder entspräche es dann nicht vielmehr seiner rationalistisch-edukatorischen Funktion, derartigen inegalitären Neigungen gleichwohl zu widerstehen? Denn - dies wird in der Rechtsprechung bisher nicht hinreichend deutlich - es mögen zwar bestimmte biologische Fakten kaum abänderlich sein (z.B. daß Frauen Kinder kriegen). Ganz überwiegend können jedoch biologische Wünsche und Tendenzen durchaus kulturell umgeformt und beeinflußt werden. Die Kultur kompensiert im Grundsatz eine Art "Defizit", das durch die biologische Unterdeterminiertheit des Menschen gegeben ist - und dabei ergänzt sie die Triebe nicht nur, sondern kann diese auch verformen, wie in der ethnologischen und sozialwissenschaftlichen Forschung seit langem bekannt ist.<sup>46</sup> Damit ist der Staat keineswegs gezwungen, biologische Gegebenheiten unflankiert zu lassen. Vielmehr kann er wertsetzend genetischen Faktoren eine andere Richtung geben. Solange diese Möglichkeit ernsthaft besteht, darf ein Rollenstereotyp nicht zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung herangezogen werden. Denn die ratio legis des Gleichberechtigungsgebots ist es gerade, normative Unterschiede zwischen Männern und Frauen soweit wie irgend möglich abzubauen.

Drittens bliebe, da Art. 12a GG einen Grundrechtseingriff zu Lasten der Männer gestattet, der Verfassungsgeber beweispflichtig für den gänzlich oder partiell biologischen Unterschied. Mit bloßem common sense dürfte dieser Beweis angesichts vorstehender Gesichtspunkte kaum zu führen sein. Die damit verbleibende Unsicherheit dürfte hier wohl zugunsten des Grundrechtsträgers ausschlagen. Wie sehr der historische Gesetzgeber sich gerade von kulturellen Erwägungen hat leiten lassen, verrät die Bemerkung der seinerzeitigen Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Bundestages Schwarzhaupt, daß "mit programmatischem Nachdruck im Grundgesetz ausgesprochen wird, daß unsere Auffassung von der Natur und Bestimmung der Frau einen Dienst mit der Waffe verbietet".<sup>47</sup> Denn Biologie ist weder "programmatisch", noch kann eine deskriptiv-empirische Tatsachenerhebung schlicht durch "unsere Auffassung" ersetzt werden - die Sprecherin bewegt sich so eher im sozialphilosophischen als im naturwissenschaftlichen Milieu mit ihrer Sicht der Dinge. Bis auf weiteres dürfte

<sup>45</sup> Vgl. speziell zu den Kontrahenten des Zweiten Weltkrieges Albrecht-Heide/Bujewski, Militärdienst, S. 25 ff.

<sup>46</sup> Ekardt, Steuerungsdefizite, § 3. 1.; Lübke-Wolff, Recht, Moral und Umweltschutz, 1999, S. 26 f.; Zippelius, Bedeutung, S. 7; Hillmann, Umweltkrise, S. 19; Rottleuthner, in: Koller/Varga/Weinberger, Grundlagen, S. 124.

<sup>47</sup> Zitiert nach Slupik, ZRP 1990, 305/306.

trotz Voranschreitens der Genforschung kaum abschließend zu klären sein, ob die tradierte männliche Beschützerrolle tatsächlich eine biologische Grundlage aufweist. Damit kommt aber das Diktum Max Webers in Erinnerung, daß im Zweifel die kaum beweisbare genetische Ausstattung als Einstellungs- und Verhaltensursache erst dann bemüht werden sollte, wenn kulturelle, also erworbene Gründe für eine soziale Entwicklung nicht auffindbar sind.<sup>48</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint gerade die mangelnde Beteiligung von Frauen am Kriegsdienst wenigstens z.T. als Folge (und Ursache) sozialer Unterprivilegierung.<sup>49</sup>

Die vorstehenden Erwägungen dürften sich kaum unter Hinweis auf eine Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative des (verfassungsändernden) Gesetzgebers überwinden lassen. Denn die Legislative erlangt in tatsächlicher Hinsicht Spielräume nur dann, wenn sich reale Unsicherheiten ergeben. Um die Beweislastverteilung bei Grundrechtseingriffen nicht ad absurdum zu führen, muß der Legislator seine Tatsachensicht zumindest plausibel machen können. Doch woraus soll sich nach dem Gesagten ein unüberwindbarer biologischer Gesichtspunkt ergeben, der einen allein männlichen Wehrdienst erzwingt?

### ***3. Mißbrauchsgefahr in Kriegsgefangenschaft als biologischer Differenzierungsgrund?***

In diesem Zusammenhang könnte man auf einen anderen vorgeblich biologischen Unterschied verfallen: Werden Frauen als Soldaten gefangengenommen, so könnte man argumentieren, droht ihnen womöglich massenhafte Vergewaltigung. Hieran eine legitimierende biologische Differenzierung zu knüpfen, überzeugt jedoch wiederum aus einer Reihe von Gründen nicht. Erstens ist schon zweifelhaft, ob ein drohender oder auch nur befürchteter Rechtsmißbrauch bei der Auslegung des Art. 79 III GG berücksichtigt werden darf. Zweitens würde eine solche Annahme die etwas merkwürdige Voraussetzung machen müssen, daß es das Frausein (los gelöst von jeder kulturellen Prägung) das Vergewaltigtwerden bedingt. Selbst wenn man die genannten zwei Bedenken meint überwinden zu können, stellt sich - wohl durchschlagend - ein drittes Problem: Die Bundeswehr ist als reine Verteidigungsarmee konzipiert (Art. 26 Abs. 1 GG). Wenn Frauen aber mit der Waffe in der Hand das eigene Territorium verteidigen, dürfte angesichts der Möglichkeit, sich physisch zu wehren, das Vergewaltigungsrisiko eher geringer sein, als es für sie als wehrlose Zivilistinnen wäre. Im übrigen könnte viertens auf das Risiko sexuellen Mißbrauchs dadurch reagiert werden, daß man, wie dies die israelische Armee nunmehr praktiziert, Frauen schlicht nicht infanteristisch in vorderster Front einsetzt, was das Risiko einer Gefangennahme zumindest stark reduzieren würde.

### ***4. Unterschiedliche Körperkraft als biologischer Faktor?***

Traditionell ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Differenzierung bei der Wehrpflicht war die in der Tat biologisch meist größere männliche Körperkraft. Welche Rolle dieser Umstand allerdings angesichts modernster Waffensysteme im Übergang zum 21. Jahrhundert noch spielen soll, wäre kaum ersichtlich.<sup>50</sup> Zudem hätte man heute und wohl auch in bezug auf weniger technisierte Kulturen in Rechnung zu stellen, daß Frauen zwar weniger Kraft haben

<sup>48</sup> Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, in: Religionssoziologie I, 9. Aufl. 1988. – Vgl. auch Dumont du Voitel, Macht, S. 250: "Wären Frauen von Natur aus unterwürfig, wären ausgetüftelte Mechanismen zur Unterdrückung von Frauen nicht notwendig."

<sup>49</sup> Auf diesen Wechselbezug weisen Albrecht-Heide/Bujewski, Militärdienst, S. 15 hin.

<sup>50</sup> Hellenthal, Frauen, S. 77 f.; Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 12a Rdn. 168.

mögen, demgegenüber jedoch im Durchschnitt über eine größere Ausdauer verfügen.

## ***II. Rechtfertigung der Geschlechterdifferenzierung durch ein Dominierungsverbot bzw. einen sozialstaatlichen Nachteilsausgleich?***

Bis hierhin erschiene die Regelung in Art. 12a GG wegen Verstoßes gegen das absolute Differenzierungsverbot aus Art. 79 Abs. 3 GG als verfassungswidriges Verfassungsrecht. An dieser Stelle ist indessen zu fragen, ob die Verfassungsänderung von 1994 zu einer anderen Beurteilung führt. In dem angefügten Art. 3 II 2 GG heißt es: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ Man könnte zumindest in Erwägung ziehen, daß diese Formulierung einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber dahingehend enthalte, die reale Gleichberechtigung auch dadurch zu realisieren, daß das benachteiligte Geschlecht vorübergehend mit Fördermaßnahmen bedacht wird, die zwar das andere Geschlecht zeitweise schlechter stellen, im Ergebnis aber der Gleichstellung von Männer und Frauen dienlich seien.<sup>51</sup> Jedenfalls hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber bei Einfügung des Art. 3 II 2 GG die umstrittenen Quotenregelungen im Blick, die er wohl z.T. legitimieren wollte.

Als derart legitimierte "Fördermaßnahme" könnte möglicherweise die Beschränkung des Wehrdienstes und allgemein des Kriegsdienstes auf Männer anzusehen sein. Denn man könnte zu argumentieren versuchen, daß Frauen durch eventuelle Schwangerschaften einen Zeitverlust erlitten, der sie im Berufsleben benachteilige und daher durch die Befreiung vom Waffendienst auszugleichen sei. In diese Richtung könnten gewisse Modifikationen der BVerfG-Rechtsprechung schon zu Art. 3 II GG a.F. seit den 80er Jahren weisen. Seitdem finden sich in einzelnen Urteilen (vor allem in einem zum unterschiedlichen Rentenalter von Frauen und Männern gemäß § 25 AVG) indirekte Hinweise, daß das Gericht im Rahmen des Art. 3 II GG auch einen sozialstaatlich motivierten Nachteilsausgleich für zulässig erachtet (ohne dessen Voraussetzungen freilich in allen Einzelheiten zu bestimmen), sofern der erlittene Nachteil auf biologischen Umständen beruhe.<sup>52</sup>

Aus dieser Rechtsprechung und der Verfassungsänderung von 1994 wird im neueren Schrifttum bisweilen gefolgert, daß Art. 3 II GG (zumindest nunmehr) neben einem Differenzierungs- auch ein Dominierungsverbot zu entnehmen sei.<sup>53</sup> Dies ergäbe sich bei Anlegung aller vier aus der Methodenlehre geläufigen Auslegungskriterien, da die soziale Verbesserung der telos wäre und der Sinn der Vorschrift, wenn sie nicht über das allgemeine Gleichberechtigungsgebot hinausginge, unklar wäre.<sup>54</sup> Freilich müssen die rechtlichen Wirkungen der Verfassungsänderung zum gegenwärtigen Zeitpunkt als ziemlich ungeklärt bezeichnet werden.<sup>55</sup> Jedenfalls sollten vom Nachteil losgelöste Kompensationen unzulässig bleiben, so daß der neue Art. 3 II 2 GG im wesentlichen nur die neuere Rechtsprechung des BVerfG festzu-

<sup>51</sup> Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 92; Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 392 ff.

<sup>52</sup> BVerfGE 74, 163 ff. (Altersruhegeld für Frauen); vgl. dazu die eingehende Darstellung bei Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 74 ff. und 92 f.; siehe außerdem erste Andeutungen bei BVerfGE 57, 335/344 ff. (Einkommenspauschalierung bei Rente).

<sup>53</sup> Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 349 ff.; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 90 ff.

<sup>54</sup> Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 348 f. und passim; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 89 f.

<sup>55</sup> Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 92; vgl. den Versuch einer Ausformung bei Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 399 ff.

schreiben scheint.<sup>56</sup>

Für die Wehrpflicht würde die vorgetragene Argumentation aber kaum überzeugen. Zwar mag es biologisch gegeben sein, daß Frauen die Kinder austragen. Jedoch wäre erstens zu bedenken, daß Schwangerschaft und Geburt zwingend allenfalls einen Zeitverlust von einigen Wochen bedeuten. Soweit es um die anschließende Hegung des Nachwuchses geht, dürfte es wohl kaum biologisch absolut unvermeidbar sein, daß gerade Frauen typischerweise diese Aufgabe übernehmen.<sup>57</sup> Im übrigen kriegen rund ein Drittel aller deutschen Frauen gar keine Kinder mehr; in städtischen Ballungsräumen wird gar damit gerechnet, daß die Hälfte der z.Zt. im gebärfähigen Alter befindlichen Frauen in die Menopause eintreten werden, ohne Nachwuchs bekommen zu haben. Der "Nachteilsausgleich" wäre daher zumindest recht pauschal und seinerseits auf eine unzulässige Ungleichbehandlung hin zu überprüfen. Zudem wäre es widersprüchlich, einerseits den Wehrdienst als eine Art männliche Ausgleichsarbeit zu qualifizieren, andererseits aber ebendiese Wehrdienstleistung durchgängig als zeitlichen Bevorzugungstatbestand z.B. beim Universitätszugang auszugestalten<sup>58</sup> – was angesichts der zuletzt vom BVerfG verstärkt geforderten Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung<sup>59</sup> nicht unbeachtet bleiben dürfte.

Gegen eine Geschlechtsabhängigkeit der Wehrpflicht spricht zweitens der Sinn und Zweck des Dominierungsverbots. Seine – soweit ersichtlich - Namensgeberin Sacksofsky versteht es als Verbot rechtlicher Regelungen, die Frauen als Gruppe nachteilig betreffen (da Frauen gegenwärtig das real benachteiligte Geschlecht seien).<sup>60</sup> Im Falle der Wehrpflicht liegt die Sachlage aber genau umgekehrt, weshalb die neuentwickelte dogmatische Figur zumindest nicht direkt paßt. Zudem wäre der Zusammenhang zwischen Wehrpflicht und Schwangerschaft wesentlich "indirekter" als jener in der Rentenalter-Entscheidung. Das Rentenalter wird in der Tat unmittelbar durch Einzahlungsmodalitäten beeinflußt. Dagegen hat die Wehrpflicht für sich genommen mit Schwangerschaften wenig zu tun. Zudem greift sie in aller Regel zeitlich nicht nach, sondern vor dem Eintreten einer Schwangerschaft.

Drittens würde eine Anwendung des Dominierungsverbotes auf die Wehrpflicht den Intentionen seiner Erschaffer flagrant zuwiderlaufen. Sein Sinn besteht gerade darin, der immer noch nicht voll überwundenen latenten Unterordnung von Frauen unter Männer ein Ende zu machen. Es darf jedoch stark bezweifelt werden, ob dies ausgerechnet dadurch gelingt, daß die wehrpflichtige Waffendienst eine Männerdomäne bleibt. Carl Schmitt bemerkte zutreffend, daß der die Macht habe, der über den Ausnahmezustand gebietet.<sup>61</sup> Zumindest in psychologischer und symbolischer Hinsicht dürfte es für die volle Gleichordnung der Geschlechter eher kontraproduktiv sein, daß klassische Machtsymbol Waffe (abgesehen vom freiwilligen Dienst) ausschließlich den Männern in die Hand zu geben und diese damit sozusagen anhaltend als superior gegenüber der vermeintlich kleinen und schwachen, im Zweifel „untergeordneten“ Frauen zu profilieren. Daß insoweit konkrete Zusammenhänge bestehen, dürfte

<sup>56</sup> VG Schleswig, NVwZ 1995, 724 f.; König, DöV 195, 837/840 ff.; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 3 Rdn. 92; Hofmann, FamRZ 1995, 257/261 ff. sowie BT-Drs. 12/6000, S. 50.

<sup>57</sup> So aber noch in den 50er Jahren BGHSt 6, 46 ff.

<sup>58</sup> Vgl. das Beispiel bei Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 20 zur universitären Zulassungspraxis.

<sup>59</sup> BVerfG, ZUR 1998, 144, BVerfG, ZUR 1998, 147.

<sup>60</sup> Ausführlich dazu Sacksofsky, Gleichberechtigung, S. 360 ff.

<sup>61</sup> Er bezog sich dabei auf die Verfassungslage in der Weimarer Republik, die dem Reichspräsidenten ein inhaltlich vages Notverordnungsrecht (Art. 48 WRV) sowie die beliebige Möglichkeit einer Auflösung des Reichstages (Art. 25 WRV) in die Hand gab.

hinreichend durch die in den Streitkräften verbreitete Art, über Frauen zu reden, illustrierbar sein - die für eine Sozialisierung der jungen Männer steht, welche der Beseitigung einer männlichen Dominanz in der Gesellschaft alles andere als förderlich sein dürfte. Sehr hilfreich wäre es dagegen, die entsprechende Sozialisierung dadurch zu erschüttern, daß Frauen in gleicher Weise wie Männer in den Kasernen präsent sind und dem Klischee vom schwachen Geschlecht auf diese Weise ein für allemal ein Ende bereiten. Dies entspräche dann übrigens auch dem Ziel der ansonsten für den öffentlichen Dienst (dem auch die Bundeswehr zugerechnet werden darf) so energisch geforderten Frauenquote.

Viertens würde eine Rechtfertigung der bisherigen Wehrpflicht zumindest über den angefügten Art. 3 II 2 GG in bezug auf dessen Wortlaut nicht recht harmonieren. Wenn nach der Vorschrift der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung "fördert", wäre es grammatisch zweifelhaft, den Wehrdienst hierunter zu subsumieren. Denn fördern impliziert gezieltes Handeln. Jedoch ist die Wehrpflicht in der Geschichte und auch in der Bundesrepublik wesentlich älter als Art. 3 II 2 GG. Zudem hat ihre Beschränkung auf Männer historisch wohl kaum mit einem "Schwangerschaftsausgleich" zugunsten der Frauen zu tun, sondern vielmehr mit einem bestimmten Frauenbild. Von dem will sich jedoch Art. 3 II 2 GG gerade verabschieden. Fünftens ist zweifelhaft, inwieweit Art. 3 II 2 GG überhaupt von den Vorgaben des Gleichheitsgebots, soweit es der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG unterfällt, zu dispensieren vermag. Da die Norm durch Verfassungsänderung in das Grundgesetz eingefügt worden ist, kann sie jedenfalls nicht selbst der Ewigkeitsklausel unterfallen.

Die allgemeine Wehrpflicht in der hergebrachten Form ist damit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Der damit festgestellte Gleichheitsverstoß wirkt um so schwerer, als bereits innerhalb der Gruppe der Männer durch die gegenwärtige Einberufungspraxis ohne sachlich rechtfertigenden Grund erhebliche Ungleichheiten zwischen Wehr- und Zivildienstleistenden zu konstatieren sind.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber muß demzufolge aktiv werden, um rechtskonforme Zustände herzustellen.<sup>63</sup> Dementsprechend könnte der einzelne männliche Wehrpflichtige gegen einen Einberufungsbescheid Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht erheben (verbunden mit einem Antrag nach §§ 35 WPfIG, 80 V VwGO). Auf eine konkrete Normenkontrolle hin bliebe es anschließend der Entscheidungsprärogative des Gesetzgeber überlassen, ob er die gebotene Gleichstellung über eine allgemeine Abschaffung der Wehrpflicht löst oder sie auf Frauen ausdehnt. Zu prüfen wäre ggf., ob der Gesetzgeber dem Art. 79 III GG statt durch eine ausdrückliche Änderung des Art. 12a I, IV 2 GG auch schlicht dadurch genügen könnte, daß er einfach das WPfIG abschafft und dergestalt die Ermächtigungsnorm nicht mehr nutzt. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Wahlrechts würde sich freilich ergeben, wenn man die allgemeine Wehrpflicht als Verstoß gegen Freiheitsrechte werten sollte.<sup>64</sup> In jedem Fall wäre eine Wehrpflicht, die nunmehr eine wirklich „allgemeine“ wäre, ein wichtiger Schritt hin zu einer verstärkten Realisierung (und nicht nur Postulierung) der Gleichberechtigung. Da die möglichst weitgehende rechtliche Gleichheit ein zentrales Charakteristikum liberal-demokratischer Verfassungen ist, würde damit zugleich ein Schritt in Richtung auf einen politischen und philosophischen Liberalismus getan, der seinen eigenen Anspruch ernstnimmt und konsequent zuendenkt.

<sup>62</sup> Vgl. dazu schon das abw. Votum in BVerfGE 45, 185/203.

<sup>63</sup> Er hat hierbei nicht die Möglichkeit, den Verfassungsverstoß durch Streichung der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG zu "heilen", vgl. BVerfGE 84, 90/120.

<sup>64</sup> Vgl. dazu Deiseroth, NJ 1999, 635 ff.; Baldus, NZWehrR 1993, 93; Böttcher, ZRP 1998, 399; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 12a Rdn. 8; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, Art. 12a Rdn. 8.