

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1546

# Hergebrachte Grundsätze des Berufssoldatentums

Von

Jendrik Eberhard Wüstenberg



Duncker & Humblot · Berlin

JENDRIK EBERHARD WÜSTENBERG

Hergebrachte Grundsätze des Berufssoldatentums

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1546

# Hergebrachte Grundsätze des Berufssoldatentums

Von

Jendrik Eberhard Wüstenberg



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover  
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-19229-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-59229-6 (E-Book)  
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2024 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Veith Mehde, Mag. rer. publ., für seine wertvolle Unterstützung, seine stete Diskussionsbereitschaft und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Ich bin ihm für die kritische Begleitung des Promotionsvorhabens sowie die schöne und lehrreiche Zeit, die ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, sehr dankbar.

Ebenfalls gilt mein herzlicher Dank Professor Dr. Hermann Butzer für die freundliche Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus möchte ich mich auch bei Professor Dr. Jan Eichelberger bedanken, der den Vorsitz der Prüfungskommission innehatte.

Meinen Kollegen und Freunden an der Juristischen Fakultät Dr. Liza Lutze, Dr. Felix Lücke, Greta Eriksen, Kent Wilke, Ann-Christin Hagedorn, Frederike Alt, Henrik Wichmann, Inken Wellmann und Anja Bösche möchte ich für die vielen motivierenden Gespräche danken. Sie alle haben dazu beigetragen, dass ich diese Zeit in schöner Erinnerung behalten werde.

Von ganzem Herzen bin ich meiner Schwester Jana und meinen Eltern Carola und Karl-Ulrich dankbar. Sie haben immer an mich geglaubt, mir Mut zugesprochen und Kraft gegeben. Ihre liebevolle Unterstützung und Erziehung haben wesentlich zum Gelingen meiner Studien sowie dieser Arbeit beigetragen. Besonders danken möchte ich meinem Vater darüber hinaus dafür, dass er für die Themenfindung wertvolle Anregungen gegeben hat. Meinen Eltern widme ich diese Arbeit.

Hannover, im April 2024

*Jendrik Wüstenberg*





# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Einführung</b>	21
A. Das Soldatenurteil des Bundesverfassungsgerichts	21
B. Die Reichweite des Art. 33 V GG in der Literatur	23
C. Die bisherige Literatur zum militärischen Sonderstatusverhältnis	24
D. Argumentativer Ausgangspunkt der Arbeit	27
E. Gang der Untersuchung	29

## *Kapitel 2*

<b>Historische Grundlagen des Soldatenstatus</b>	31
A. Auszuscheidende bewaffnete Einheiten	32
I. Kaiserliche Schutztruppen	32
II. Waffen-SS	33
III. Bundesgrenzschutz	34
IV. Nationale Volksarmee	34
B. Der Soldatenstatus der Neuzeit	35
I. Der Soldatenstatus nach preußischem Recht	36
1. Das kurbrandenburgisch-preußische Heer	37
2. Das preußische Heer im 18. Jahrhundert	38
a) Die rechtliche Natur des preußischen Soldatenstatus	38
b) Die Abschaffung der altpreußischen Heeresorganisation	39
c) Die Fortgeltung der revidierten Kriegsartikel	40
3. Das preußische Heer im 19. Jahrhundert	40
a) Die Kriegsartikel von 1844	41
b) Einordnung der Kriegsartikel von 1844	41
4. Das preußische Heer im Verfassungsstaat und im Norddeutschen Bund	42
a) Die Heeresorganisation nach der Revidierten Preußischen Verfassung	42
b) Die Grundrechtsträgerschaft der preußischen Soldaten	43
c) Die politische Neutralitätspflicht der preußischen Soldaten	44

d)	Das Verhältnis zwischen Beamten- und Soldatenstatusrecht nach der Revidierten Preußischen Verfassung .....	45
e)	Die Besonderheiten des Offiziersstandes .....	45
f)	Die Abschaffung des Wahlrechts der Soldaten auf Bundesebene .....	46
g)	Merkmale des preußischen Soldatenstatus vor 1871 .....	47
II.	Kaiserreich .....	48
1.	Das Heer im Staatsaufbau des Deutschen Reiches von 1871 .....	48
2.	Gesetzliche Regelungen des Soldatenstatus .....	48
a)	Die Festschreibung des umfassenden Beschwerderechts .....	49
b)	Die Abschaffung des Wahlrechts für Soldaten in den Staaten .....	49
c)	Die Besonderheiten des Offiziersstandes .....	49
d)	Das Besoldungsrecht der Offiziere und Unteroffiziere .....	50
3.	Der Offizier als Staatsbeamter .....	50
a)	Die Beamtentheorie .....	50
b)	Die Trennungslehre .....	52
c)	Dogmatische Einordnung der zwei Theorien .....	54
d)	Stellungnahme .....	55
e)	Die Kapitulant und Gemeinen als Staatsbeamte? .....	56
4.	Ergebnis .....	56
III.	Weimarer Republik .....	57
1.	Der Soldat in der Weimarer Reichsverfassung .....	58
2.	Der Soldat nach dem Wehrgesetz .....	59
a)	Der einheitliche Soldatenbegriff .....	59
b)	Der Eintritt in das Freiwilligenheer .....	60
c)	Die Genehmigungsvorbehalte, Gebote und Verbote für Soldaten .....	60
d)	Der Rechtsschutz für Soldaten .....	61
3.	Der Soldat nach der Verordnung über die Berufspflichten des deutschen Soldaten .....	61
a)	Die Berufspflichten des deutschen Soldaten von 1922 .....	62
b)	Die Berufspflichten des deutschen Soldaten von 1930 .....	63
c)	Ergebnis .....	63
4.	Der Reichswehrsoldat als Beamter? .....	64
5.	Die Argumente im Streit um die Beamteneigenschaft .....	65
a)	Die Trennungstheorie .....	65
b)	Die Beamtentheorie .....	67
c)	Eigene Stellungnahme .....	69
aa)	Patrimonialgedanke Rittaus .....	69
bb)	Wesensartstheorie Schmitts .....	69
cc)	Das systematische Argument Anschütz', Gieses und Gebhards .....	70
dd)	Amtsträgertheorie Jellineks, Papkes und Schmidt-Leonhardts .....	72

ee) Ergebnis .....	74
ff) Die heutige Einordnung des Streits .....	74
6. Ergebnis .....	75
IV. NS-Staat .....	76
1. Neue Berufspflichten und neues Wehrgesetz .....	76
a) Die Berufspflichten des deutschen Soldaten von 1934 .....	77
b) Die Wehrgesetznovelle von 1933 .....	77
c) Das Wehrgesetz von 1935 .....	78
2. Fehlende Beamteneigenschaft des Wehrmachtssoldaten .....	79
a) Die Trennungstheorie .....	79
aa) Das systematische Argument Stuhlmanns und Stanges .....	80
bb) Heckels Ansatz der „Volksverteidigung“ .....	80
cc) Schmitts Wesensartstheorie .....	80
dd) Maiers und Koellreutters Ansatz der Friedenssicherung .....	81
ee) Rosenbergers Ansatz der einheitlichen Wehrpflicht .....	81
ff) Semlers und Senftlebens gesetzssystematisches Argument .....	81
b) Die Beamtentheorie .....	82
c) Eigene Stellungnahme .....	82
3. Ergebnis .....	84
C. Die trennenden und einenden Prinzipien .....	85
I. Die Treuepflicht .....	86
II. Die Gehorsamspflicht .....	86
III. Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten .....	87
IV. Die politische Neutralitätspflicht .....	87
V. Das Recht auf Alimentierung .....	88
VI. Das Recht auf Fürsorge und Versorgung .....	88
VII. Das Recht zur Beschwerde .....	88
VIII. Die Ausgestaltung als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis .....	89
IX. Das Laufbahnprinzip .....	89
X. Das Lebenszeitprinzip der Offiziere und Verpflichtung auf Zeit für Untergebene .....	89
XI. Das Zivilbeamtenrecht als subsidiäre Rechtsquelle .....	90
D. Ergebnis .....	92

*Kapitel 3***Der verfassungsrechtliche Soldatenstatus  
der Bundesrepublik Deutschland**

	93
A. Die verfassungsrechtlichen Rechtsquellen des Soldatenstatus .....	93
I. Wehrstatusrecht .....	93
1. Die Grundrechtsschranke, Art. 17a GG .....	93
a) Enumerationstheorie .....	94
b) Statustheorie .....	95
c) Folgerungen .....	96
2. Der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern, Art. 33 II GG .....	96
3. Das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis, Art. 33 IV GG .....	98
a) Soldatenstatus und Funktionsvorbehalt .....	99
b) Das öffentliche Amt und der öffentliche Dienst .....	100
4. Der Wehrbeauftragte, Art. 45b GG .....	102
5. Die Ernennung der Offiziere und Unteroffiziere, Art. 60 I GG .....	103
6. Die ehemaligen Wehrmatsangehörigen, Art. 131 S. 1 GG .....	104
7. Die Einschränkung der Wählbarkeit, Art. 137 I GG .....	105
8. Der Gottesdienst und die Seelsorge, Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV .....	105
9. Zwischenfazit .....	106
II. Wehrorganisationsrecht .....	107
1. Die Berücksichtigung der Länder und landsmannschaftlichen Verhältnisse, Art. 36 II GG .....	107
2. Die Aufstellung der Streitkräfte zur Verteidigung, Art. 87a GG .....	108
a) Die Grundentscheidung für die Aufstellung von Streitkräften .....	109
b) Funktionsfähigkeit der Streitkräfte .....	110
3. Die Bundeswehrverwaltung, Art. 87b GG .....	111
4. Die Befehls- und Kommandogewalt, Art. 65a GG und Art. 115b GG .....	113
5. Die Wehrstrafgerichte und Truppendienstgerichte, Art. 96 II, IV GG .....	114
6. Zwischenfazit .....	115
B. Ergebnis: Die Fragmentarität der Rechte und Schranken des Soldatenstatus im Grundgesetz .....	115

*Kapitel 4*

<b>Folgen der Fragmentarität und Lösungsoptionen im Grundgesetz</b>	<b>119</b>
A. Zum Verfassungsrecht de lege lata . . . . .	119
I. Die Folgen der Fragmentarität . . . . .	119
1. Beispiele für Widersprüche der bisherigen Dogmatik . . . . .	120
a) Die Widersprüchlichkeit des Art. 17a GG in Theorie und Praxis . . . . .	120
aa) Beurteilung der Enumerationstheorie . . . . .	120
(1) Das Zeitelement . . . . .	120
(2) Die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte . . . . .	121
(3) Der Wortlaut des Art. 17a GG . . . . .	123
(4) Ergebnis . . . . .	124
bb) Schwächen der Statustheorie . . . . .	124
cc) Schlussfolgerung . . . . .	125
(1) Haar- und Barterlasse . . . . .	125
(2) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Soldaten und die Wohl- verhaltenspflicht . . . . .	126
(3) Das Recht auf Leben des Soldaten . . . . .	127
(4) Das Streikrecht der Soldaten . . . . .	128
(5) Die Verfassungstreue der Soldaten . . . . .	129
(6) Die Berufsfreiheit des Soldaten . . . . .	131
(7) Ergebnis . . . . .	132
b) Die unterschiedliche Behandlung von Richtern und Soldaten im Rahmen des Art. 33 V GG . . . . .	133
aa) Die Verschiedenartigkeit der historischen Wehrverfassungen . . . . .	134
bb) Die nachträgliche Einfügung des Soldatenstatus im Grundgesetz . . . . .	135
cc) Der Unterschied zwischen Landesverteidigung und Rechtsanwendung . . . . .	138
dd) Ergebnis . . . . .	141
c) Die Auslegung von Art. 14 GG im Rahmen der Alimentierung . . . . .	142
d) Die dogmatische Kontinuität zur Stellung des Soldaten der Wehrmacht? . . . . .	143
e) Die Reichweite hergebrachter Grundsätze bei Art. 131 GG . . . . .	144
f) Die Begriffe des öffentlichen Dienstes und öffentlichen Amtes im Lichte des Berufsbeamtentums . . . . .	145
g) Die verschiedenen Begriffsverständnisse des öffentlichen Dienstes in Art. 33 IV und V GG . . . . .	147
h) Die Problematik der Wechseldienstposten . . . . .	151
2. Bisherige Lösungsversuche . . . . .	153
a) Rechtsprechung . . . . .	153
aa) Bundesverfassungsgericht . . . . .	153
bb) Bundesverwaltungsgericht und untergerichtliche Rechtsprechung . . . . .	154
cc) Analoge oder direkte Anwendungen . . . . .	156

b) Literatur .....	157
aa) Lösung über Art. 87a GG .....	157
bb) Metzgers Ansatz vom Näheverhältnis .....	158
cc) Cuntz' Herleitung aus Art. 33 IV GG .....	159
dd) Breitingers Statustheorie .....	160
ee) Forderung nach gesetzlicher Regelung des Lebensopfers .....	161
ff) „Gleichstehen“ neben den Beamten .....	163
3. Ergebnis: Mangelnde Überzeugungskraft der bisher angewandten Dogmatik	164
II. Die Möglichkeiten zur Herleitung der soldatenstatusspezifischen Rechte und Schranken .....	165
1. Art. 17a GG .....	165
2. Die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte als wehrverfassungsimmanentes Prinzip .....	166
3. Art. 17a GG i. V.m. Art. 45b, 65a, 87a, 115b GG .....	166
4. Hergebrachte Grundsätze des Berufssoldatentums nach Art. 33 V GG .....	169
a) Die argumentative Herleitung vor dem Hintergrund der gewonnenen Erkenntnisse .....	169
aa) Keine konsequente Scheidung von Beamten, Richtern und Soldaten unter dem GG .....	169
bb) Der Wille des Verfassungsgebers .....	170
cc) Kein Ausschluss durch den Wortlaut des Art. 33 V GG .....	171
dd) Das Erfordernis soldatenstatusspezifischer Grundsätze .....	172
ee) Die Gebotenheit der Anerkennung .....	173
ff) Schlussfolgerung .....	175
b) Exegese der hergebrachten Grundsätze .....	175
aa) Definition .....	175
(1) Hergebrachtheit .....	176
(2) Grundsatz .....	179
(3) Berufssoldatentum .....	180
bb) Die hergebrachten Grundsätze im Einzelnen .....	183
(1) Die Treuepflicht .....	183
(2) Die Gehorsamspflicht .....	184
(3) Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten .....	185
(4) Die politische Neutralitätspflicht .....	185
(5) Das Recht auf Alimentierung .....	186
(6) Das Recht auf Fürsorge und Versorgung .....	186
(7) Das Recht zur Beschwerde .....	187
(8) Die Ausgestaltung als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis .....	187
(9) Das Laufbahnprinzip .....	188

(10) Das Lebenszeitprinzip der Offiziere und Verpflichtung auf Zeit  
für Untergebene ..... 188

(11) Das Zivilbeamtenrecht als subsidiäre Rechtsquelle ..... 188

c) Art. 33 V GG als grundrechtsgleiches Recht für Berufssoldaten ..... 189

B. Rechtspolitischer Handlungsbedarf ..... 190

*Kapitel 5*

**Fazit** ..... 191

**Literaturverzeichnis** ..... 195

**Stichwortverzeichnis** ..... 213



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. D.	außer Dienst
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung(en)
Ann.d.D.R.	Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AVBl.	Armee-Verordnungsblatt
Az.	Aktenzeichen
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BArch	Bundesarchiv
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz)
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BeKo	Berliner Kommentar
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGS	Bundesgrenzschutz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BK	Bonner Kommentar
BRH	Bundesrechnungshof
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BwHFV	Verordnung über die Gewährung von Heilfürsorge für Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr (Bundeswehr-Heilfürsorgeverordnung)
BWV	Bundeswehrverwaltung (Zeitschrift)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
DDR	Deutsche Demokratische Republik

DDRv 1968	Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik (1968)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DP	Deutsche Partei
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
Drs. PR	Drucksache des Parlamentarischen Rates
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	Einführung
EinsatzWVG	Einsatz-Weiterverwendungsgesetz
f.	folgende (Seite)
FDP/DVP	Freie Demokratische Partei/Demokratische Volkspartei
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G 131	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdbVerfVerw	Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HVBl.	Heeresverordnungsblatt
IMT	International Military Tribunal
i. Pr.	in Preußen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
LG	Landgericht
lit.	litera
Ls.	Leitsatz
m. M.	Mindermeinung
MPG	Militärpensionsgesetz
MStGB	Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum StGB
MVBl.	Marine-Verordnungsblatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NBrandSchG	Niedersächsisches Brandschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKFD	Nationalkomitee Freies Deutschland
Nr.	Nummer

NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSHdBRG	Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung
NVA	Nationale Volksarmee
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o. g.	oben genannten
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
ÖMZ	Österreichische Militärische Zeitschrift
o. V.	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
Parl. Rat	Der Parlamentarische Rat 1948–1949; Akten und Protokolle
PflichtenVO 1922	Berufspflichten des deutschen Soldaten von 1922
PflichtenVO 1930	Berufspflichten des deutschen Soldaten von 1930
PR	Parlamentarischer Rat
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
PrGS	Preußische Gesetz-Sammlung
RBG	Reichsbeamten-gesetz
RdA	Recht der Arbeit
ResG	Reservistengesetz
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Recht im Amt
RMG	Reichs-Militär-gesetz
Rn.	Randnummer
RPrV	Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat 31. Januar 1850 (Revidierte Preußische Verfassung (1850))
Rspr.	Rechtsprechung
RV 1871	Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871
S.	Seite/Satz (bei Normen)
SG	Soldatengesetz
SLV	Verordnung über die Laufbahnen der Soldatinnen und Soldaten (Soldatenlaufbahnverordnung)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutzstaffel
st.	ständige(n)
StenProt.	Stenographische Protokolle
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v.	von/vom
v. d.	von der
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof

vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VV	Versailler Friedensvertrag von 1919
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WBeauftrG	Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Wehrbeauftragtengesetz)
WBO	Wehrbeschwerdeordnung
WehrPflG (DDR)	Gesetz über die allgemeine Wehrpflicht in der DDR vom 24. Januar 1962
WG	Wehrgesetz vom 23. März 1921
WG 1935	Wehrgesetz vom 21. Mai 1935
WPflG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
WSG	Wehrsoldgesetz
WStG	Wehrstrafgesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDv	Zentrale Dienstvorschrift
zit.	zitiert
ZRGG	Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte
ZWehrR	Zeitschrift für Wehrrecht



## Kapitel 1

# Einführung

„Der Soldat steht, vom Dienst her gesehen, den er dem Staate leistet, neben dem Beamten.“<sup>1</sup> Unter den drei öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnissen Beamte, Richter und Soldaten nimmt das Soldatentum seit jeher einen ambivalenten Platz ein. Einerseits weist es deutliche Parallelen zum Beamtenverhältnis auf, wie bei den Fragen der Besoldung und Versorgung, andererseits finden sich auf den ersten Blick deutliche Unterschiede, wie etwa bei der Unterscheidung zwischen Befehl und Gehorsamspflicht im Soldatenverhältnis, § 11 SG, sowie bei der hiervon abweichenden Behandlung von Beamten, deren Verhältnis durch Weisung und Folgepflicht, § 62 BBG und § 35 BeamStG, Eigenverantwortung sowie Remonstrationsrecht, § 63 BBG und § 36 BeamStG, geprägt ist.

## A. Das Soldatenurteil des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits vor Inkrafttreten der Wehrverfassung im Zuge der Wiederbewaffnung<sup>2</sup> entschieden, dass die Soldaten nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 33 V GG fallen und somit auf sie nicht die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums Anwendung finden.<sup>3</sup> Das Verfassungsbeschwerdeverfahren mehrerer ehemaliger Wehrmachtsoffiziere betraf das G 131<sup>4</sup>, das die Versorgung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes vor dem Stichtag 8. Mai 1945 zum Gegenstand hatte. Die Berufung der Beschwerdeführer auf Art. 33 V GG, der auch die Unverletzlichkeit der wohlerworbenen Rechte der Berufssoldaten<sup>5</sup> schütze, lehnte das Bundesverfassungsgericht ab: Art. 33 V GG ent-

---

<sup>1</sup> BT-Drs. II/1700, S. 16.

<sup>2</sup> Dieser Begriff stammt aus der Debatte um die Wiedereinführung deutscher Streitkräfte in den 50er Jahren und ist politisch an sich negativ konnotiert. *Stein*, Verteidigungsfunktion und Grundgesetzordnung, S. 24, weist zu Recht auf dessen ideologische Aufladung gemeinsam mit anderen Termini („Wiederaufrüstung“, „Remilitarisierung“) hin. Zugunsten der einfacheren Verständlichkeit wird dieser eingängige Begriff in der Folge für die Bezeichnung der Wiederbegründung deutscher Streitkräfte in den 50er Jahren dennoch genutzt.

<sup>3</sup> BVerfGE 3, 288 (334 ff.); vgl. auch BVerfGE 16, 94 (111).

<sup>4</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, BGBl. I 1951 S. 307.

<sup>5</sup> Um Missverständnissen bei der Doppeldeutigkeit des Begriffs des Berufssoldaten im Sinne des Soldatengesetzes (nach § 1 II 1 SG umfasst dieser Begriff lediglich auf Lebenszeit

halte nach Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck keine institutionelle Garantie des Berufssoldatentums.<sup>6</sup> Überdies bestünden keine hergebrachten Grundsätze des Berufssoldatentums wie für das Berufsbeamtentum, da sich solche aufgrund der verschiedenartigen Wehrverfassungen im Kaiserreich, Weimarer Republik und NS-Staat nicht hätten bilden können.<sup>7</sup> Der Soldatenstatus habe seit jeher weitgehend zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestanden.<sup>8</sup>

Dieses Urteil ist bis heute Ausgangspunkt einer Rechtsprechung, die Soldaten den Schutz des Art. 33 V GG generell versagt und allenfalls über Umwege gewährt. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht geurteilt, dass die Ausgestaltung der Soldatenversorgung und Alimentation nach Art. 131 GG, auf die ein Recht gemäß Art. 14 I GG und nicht aus Art. 33 V GG besteht, sich gleichwohl nach den Grundsätzen bemisst, die sich aus Art. 33 V GG ergeben.<sup>9</sup> Art. 14 I GG ist insofern für Soldaten wie Art. 33 V GG auszulegen. Als Grund hierfür führte das Bundesverfassungsgericht an, dass Art. 131 GG die Folgen für die nach dieser Norm Berechtigten nach einheitlichen Grundsätzen geregelt wissen wollte – allerdings erstreckte das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung später in ständiger Rechtsprechung auch auf die Versorgung derjenigen Berufssoldaten, die nicht unter Art. 131 GG fallen, ohne diesen Unterschied zu erörtern.<sup>10</sup> Andererseits betont das Bundesverfassungsgericht wiederum, dass keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Angleichung des Berufsrechts der Soldaten an das Beamtenrecht bestehe.<sup>11</sup> Während das Bundesverfassungsgericht die Soldaten also von dem personalen Schutzbereich von Art. 33 V GG ausnimmt, hält es gleichzeitig die hergebrachten Grundsätze des richterlichen Amtsrechts, worunter etwa die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des Richters fällt, für von Art. 33 V GG mitumfasst.<sup>12</sup> Gleichmaßen verfährt das Gericht mit den strukturellen Besonderheiten des Hochschulwesens in Form von hergebrachten Grundsätzen des Hochschullehrerbeamtentums, die ebenfalls von Art. 33 V GG geschützt seien.<sup>13</sup>

---

Wehrdienst leistende Soldaten) sowie des allgemeineren Sprachgebrauchs, welcher auch Soldaten auf Zeit nach § 1 II 2 SG erfasst (und dem sich hier auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen hat), zu vermeiden, ist die Verwendung des Begriffs Berufssoldaten, soweit nicht beide gebraucht werden, im Folgenden als auf beide Statusgruppen bezogen zu verstehen.

<sup>6</sup> BVerfGE 3, 288 (289) Ls. 6.

<sup>7</sup> BVerfGE 3, 288 (335).

<sup>8</sup> BVerfGE 3, 288 (334).

<sup>9</sup> BVerfGE 16, 94 (117).

<sup>10</sup> BVerfGE 44, 249 (281); 65, 141 (147); 76, 256 (294); 145, 249 (269); BVerfG, BeckRS 2008, 35229.

<sup>11</sup> BVerfG, BeckRS 2008, 35229.

<sup>12</sup> BVerfGE 12, 81 (88); 55, 372 (391 f.).

<sup>13</sup> BVerfGE 35, 23 (30 f.); 35, 79 (146); 43, 242 (277); 67, 1 (12 f.).

In der Rechtsprechung des Dienstrechtssenats des Bundesverwaltungsgerichts werden zu Entscheidungen in soldatenrechtlichen Fragen immer wieder die parallelen Normen des Beamtenrechts und die dazu entwickelte Judikatur zitiert und mitunter auch beamten- und richterrechtliche Vorschriften entsprechend angewendet.<sup>14</sup> Während das Bundesverwaltungsgericht etwa bei einer Mitgliedschaft eines Soldaten in der NPD „keine Zweifel“ hat, dass die Grundsätze des Art. 33 V GG zur Verfassungstreue des Beamten auch auf Soldaten anzuwenden seien,<sup>15</sup> ist in anderen Fällen die Behauptung anzutreffen, es sei „ernstlich nicht in Zweifel [zu ziehen], dass der Beamtenstatus ein grundlegend anderer ist, als der Soldatenstatus“.<sup>16</sup> An anderer Stelle wiederum wird die Anwendung von Art. 33 V GG auf Soldaten mit Verweis auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verneint, aber gleichwohl die festgestellt, dass der Gesetzgeber den „zentralen, für das Beamten- und Soldatenverhältnis wesentlichen Grundsatz“ der amtsangemessenen Alimentation zu berücksichtigen habe.<sup>17</sup> Woraus das Bundesverwaltungsgericht diesen wesentlichen Grundsatz für beide Statusverhältnisse allerdings zieht, wenn schon nicht aus Art. 33 V GG, bleibt in der Entscheidung unklar.

## B. Die Reichweite des Art. 33 V GG in der Literatur

In der bundesrepublikanischen Literatur findet diese Ambivalenz in der Rechtsprechung, je nach Einzelfall die Besonderheit des Soldatenstatus zu betonen oder den Gleichklang mit dem Beamtenrecht den Vorrang einzuräumen, ein eher diffuses Echo: Während einige einen Weg hin zu einem „einheitlichen Staatsdienenrecht“ begrüßen,<sup>18</sup> betonen andere wiederum die Unterschiede zwischen den Status, obgleich sie die Parallelen nicht bestreiten möchten.<sup>19</sup> Zumeist belaufen sich die Ausführungen zur Anwendbarkeit von Art. 33 V GG auf Soldatendienstverhältnisse darauf, die Nichtanwendbarkeit mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts festzustellen,<sup>20</sup> wobei bisweilen ein Teil der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts wiedergegeben wird.<sup>21</sup> Diese Rechtsprechung

---

<sup>14</sup> BVerwGE 73, 216 (217).

<sup>15</sup> BVerwGE 83, 345 (348); BVerwG, Beschl. v. 11. Oktober 1983, Az.: 1 WB 81/83.

<sup>16</sup> BVerwG NZWehrR 1969, 29 (30).

<sup>17</sup> BVerwGE 66, 147 (149).

<sup>18</sup> *Poretschkin/Lucks*, SG, SG Vorbem. Rn. 11; *Becker*, ZBR 1982, 258 (267).

<sup>19</sup> *Kowalczyk*, Bundeswehr und Nationale Volksarmee, S. 84 f.; *Raap*, Wehrrecht, S. 186; *Sanne/Weniger*, SG, Einf. Rn. 3; *Steinkamm*, in: FS v. d. Heydte, S. 1457, 1473 f.

<sup>20</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, (31. Auflage, in 33. Auflage gestrichen) S. 382; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 33. Rn. 54; *Hense*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, Art. 33 Rn. 36; *Leisner*, in: Sodan, GG, Art. 33 Rn. 26; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33 Rn. 140.

<sup>21</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 33 Rn. 173.