

Die Rechtsstellung Minderjähriger im Wehrrecht

Von Rechtsreferendar **Reiner Schmidt**

Das BGB stellt den Grundsatz auf, daß der Minderjährige zu Handlungen, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Mit der rechtlichen Ausgestaltung dieses Prinzips schienen die Probleme, die durch rechtsgeschäftliches Handeln des

schutzbedürftigen Minderjährigen auftraten, weitgehend gelöst zu sein. Eine Ausnahme schuf man nur, um die von der 1869 in Kraft getretenen Gewerbeordnung proklamierte, von jeder Altersgrenze unabhängige Gewerbefreiheit¹⁾ möglichst wenig einzuschränken: mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters kann dem Minderjährigen im Bereich des Erwerbslebens die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit gewährt werden (§§ 112, 113 BGB). Da im Zuge der neuen Wehrgesetzgebung keine besonderen Schutznormen für Minderjährige eingefügt wurden, obwohl die Altersgrenze für Wehrpflichtige mit 18 Jahren festgelegt ist, ist zu fragen, ob und inwieweit bürgerlich-rechtliche Vorschriften, die unter dem genannten Aspekt und vor allem für Verhältnisse zwischen gleichgestellten Rechtsträgern geschaffen wurden, auf das Wehrrecht übertragbar sind.

Die Wehrgesetzgebung steht zwar unter der „wagemutigen Zielformel vom Soldaten als verantwortendem Bürger“²⁾, trotzdem wird aber der Soldat gerade dem bürgerlichen Rechtskreis teilweise entzogen; mit dem Eintritt in das Wehrdienstverhältnis, das öffentlich-rechtlicher Natur ist, verändert sich seine Rechtsstellung wesentlich³⁾.

Aber bereits vorher entstehen komplizierte Rechtsprobleme: das VG Stuttgart⁴⁾ und das OLG Düsseldorf⁵⁾ hatten Fälle zu entscheiden, in denen sich Erziehungsberechtigte gegen die Musterung ihrer Söhne mit der Begründung wandten, sie verstoße gegen das Grundgesetz. Nach Artikel 6 Abs. 3 GG dürften gegen den Willen der Erziehungsberechtigten Kinder nur durch Gesetz von ihrer Familie getrennt werden, und dies nur dann, wenn die Erziehungsberechtigten versagten oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohten. Beide Gerichte haben eine Entscheidung umgangen: die Musterung bewirke selbst noch keine Trennung, sie bereite die Einberufung nur vor. Das BVerwG⁶⁾ half sich mit einer etwas unklaren Begründung: durch Artikel 73 Nr. 1 GG, wonach dem Bund die Gesetzgebung über die wehrpflichtigen Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an zustehe, würden die immanenten Schranken des Art. 6 GG deutlich. Die Elternrechte würden notwendigerweise eingeschränkt, weil das Wehrdienstverhältnis dies zwingend zur Folge habe. Die Begründung sagt also nicht viel mehr, als daß die Wehrpflicht den Art. 6 einschränkt; ob dies erlaubt und notwendig ist, wird nicht näher ausgeführt⁷⁾. Im übrigen ist es immerhin fraglich, ob lediglich durch Schaffung einer Kompetenznorm ein Grundrecht eingeschränkt

1) Vgl. Motive zum BGB, Abschn. II, Tit. 2, II S. 41.

2) So Lerche, Grundrechte der Soldaten in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, IV. Band 1, Berlin 1960, S. 448.

3) Vgl. für das Beamtenverhältnis Plog-Wiedow, Komm. zum BBG § 2, TZ 19.

4) Urteil vom 19. 11. 57 in DÖV 1958 S. 160f.

5) Beschluß vom 15. 4. 59 in DVBl. 1959 S. 94.

6) BVerwG 7, 358ff.

7) Vgl. Lerche a. a. O. S. 500.

werden kann. Bei der Beratung des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26. 3. 1954 war man der Ansicht, daß der minderjährige Soldat nicht unter den Begriff des Kindes in Art. 6 GG fällt⁸⁾. Dies ist wohl unrichtig, weil ein Abweichen von der üblichen Terminologie ausdrücklich hätte geregelt werden müssen. Setzt man nicht „Kind“ gleich „Minderjähriger“, dann könnten mit den gleichen Gründen, mit denen man sich über die gebräuchliche Begriffsbestimmung hinwegsetzt, auch die 7- bis 18-Jährigen nicht mehr als Kinder im Rechtssinne angesehen werden. Auch verbietet der Ausnahmecharakter des Abs. 3 von Art. 6 GG eine weite Interpretation⁹⁾. Nur durch eine teleologische Auslegung läßt sich die Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht von Minderjährigen begründen. Art. 6 Abs. 3 GG ist in Zusammenhang mit den Abs. 1 und 2 zu verstehen; das umfassende und primäre Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern soll gewährleistet werden, und kann nur in den in Abs. 3 abschließend geregelten Fällen durch Trennung von der Familie entzogen werden. Durch die Wehrpflicht der 18- bis 21-Jährigen wird dieses garantierte Erziehungsrecht nicht beeinträchtigt; der Wehrdienst ist auf die Verteidigung der Bundesrepublik ausgerichtet, eine etwaige Erziehungswirkung tritt nicht an die Stelle der Elternrechte. Lerche¹⁰⁾ warnt zwar vor einer Bagatellisierung der „statusbedingten Erziehungswirkung“, nimmt aber trotzdem an, daß eine Konkurrenz mit den in Art. 6 Abs. 2 und 3 verbürgtem Erziehungsrecht nicht möglich sei, weil (!) der in Art. 6 GG vorausgesetzte Begriff des Kindes selbst den minderjährigen Soldaten nicht erfasse. Der letzte Teil dieser Begründung ist nicht schlüssig; nicht beim Begriff des Kindes, sondern beim Zweck der Trennung^{10a)} ist anzusetzen. Wäre jede Trennung der Kinder von ihren Eltern unzulässig, so dürften Minderjährige, die straffällig geworden sind, und bei denen weder die Eltern versagt haben, noch eine Verwahrlosung droht, nicht durch Verhängung von Strafen von ihren Familien getrennt werden.

Weit vielschichtigere Probleme entstehen mit dem Eintritt des Minderjährigen in das besondere Gewaltverhältnis, weil hierin gewisse traditionelle Bereiche von rechtsstaatlichen Forderungen freigehalten sind. Zwar ist inzwischen auch das besondere Gewaltverhältnis als „Rechtsverhältnis“ anerkannt worden¹¹⁾, aber die bruchlose Eingliederung in den Rechtsstaat ist bisher noch nicht ganz geglückt. Aus dem Wunsch und der Notwendigkeit heraus, für gewisse Teilbereiche dem Staat die Handlungsfähigkeit zu sichern, stammen die Konstruktionen des freiwilligen Verzichts auf manche rechts-

⁸⁾ Vgl. Roemer, Die neue Wehrverfassung in JZ 1956 S. 193 ff.

⁹⁾ Vgl. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, IV. Band 1, Berlin 1960, S. 386.

¹⁰⁾ A. a. O. S. 500.

^{10a)} Vgl. Maunz-Dürig, Komm. z. GG, München u. Berlin 1961, Randnr. 33 zu Art. 17 a.

¹¹⁾ Vgl. Krüger in VVDStRL, Heft 15, S. 109.

staatliche Forderung, wie auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, auf Grundrechte und auf Rechtsschutz. Otto Meyer sah diesen Verzicht schon allein in der Inanspruchnahme der Leistungen einer Anstalt, also in einer Art Realakt, der rechtliche Wirkungen unabhängig von der Geschäftsfähigkeit auslösen könne. Diesen Fall des Eintritts in ein Anstaltsverhältnis können wir außer Betracht lassen, weil Minderjährige nur durch den Pflichtwehrdienst oder die Ernennung zum Soldaten auf Zeit bzw. Berufssoldaten in das Wehrdienstverhältnis kommen können.

Durch die Einberufung zum Pflichtwehrdienst ergeben sich keine Besonderheiten, da sie auf Grund eines Gesetzes durch einen einseitigen Verwaltungsakt erfolgt und deshalb die zustimmungsbedürftige Willenserklärung des betroffenen Minderjährigen nicht erforderlich ist.

Ebenso ist der Fall zu beurteilen, wenn ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters den Antrag auf vorzeitige Ableistung seiner Wehrpflicht stellt. Der Einberufungsbescheid ist kein sog. „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“¹²⁾, da dieser Begriff nur auf die Fälle paßt, in denen ein Antrag dem Staat erst die Möglichkeit zum Eingriff verschafft; hier aber hat er die gesetzliche Grundlage im Wehrpflichtgesetz und es wird ihm nur eine zeitliche Verschiebung gestattet. § 5 Abs. 1 Satz 2 WPfG bestimmt zwar, daß der Grundwehrdienst in der Regel erst in dem Kalenderjahr, in dem der Wehrpflichtige das 20. Lebensjahr vollendet, beginnt. Die Fassung der Vorschrift („in der Regel“) ermöglicht aber eine Ausnahmeregelung, die ohne Mitwirkung der betroffenen Wehrpflichtigen erfolgen kann. Auch die Theorie vom zweiseitigen Verwaltungsakt ist nicht anwendbar, weil bei diesem die Mitwirkung des Betroffenen ebenso wichtig wie das Handeln des Staates selbst sein muß. Bei fehlerhafter Mitwirkung ist darum der Verwaltungsakt nichtig. Die Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt sah sich gezwungen, Ausnahmen von der Nichtigkeit für die Fälle zuzulassen, in denen Anträge zu solchen Verwaltungsakten fehlen, die normalerweise ohne Antrag ergehen¹³⁾. Wir verwenden hierfür den Begriff des unechten zweiseitigen Verwaltungsaktes und rechnen die auf Antrag des Minderjährigen ergangene vorzeitige Einberufung zur Wehrpflicht hinzu. Sie ist der typische Fall, bei dem das Schwergewicht auf dem hoheitlichen Handeln liegt, dem nicht erst durch den Antragsteller die Rechtsgrundlage geschaffen wird. Fehlt dem Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, so wird dieser Mangel mit Erlaß des Einberufungsbescheides geheilt.

Zu einer anderen Lösung kommen wir, wenn sich ein Minderjähriger ohne Zustimmung freiwillig zur Einstellung als Soldat auf Zeit oder Berufssoldat

¹²⁾ Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, Leipzig 1895 S. 98f.

¹³⁾ Vgl. zum Problem der Einteilung der Verwaltungsakte: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 8. Aufl., München u. Berlin 1961, S. 195f.

meldet und ihm die Ernennungsurkunde ausgehändigt wird¹⁴). Da hier eine echte Mitwirkung erforderlich ist, muß diese rechtswirksam sein. Ist beim echten zweiseitigen Verwaltungsakt der Antrag unwirksam, so ist der ganze Verwaltungsakt nichtig. Die theoretisch interessante Frage, ob hier eine Trennung von privatrechtlich und öffentlich-rechtlich durchführbar ist, ob nicht vielmehr der erforderliche Antrag durch den Verwaltungsakt in diesen aufgenommen und damit in seinem Charakter verändert wird, kann dahingestellt bleiben, da auf die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Rechtsgedanke des § 107 BGB angewendet werden kann und das Ergebnis somit nicht verändert wird¹⁵).

Nach dem rechtswirksamen Eintritt des Minderjährigen in die Bundeswehr kommt ihm weiterhin der im BGB zum Ausdruck gekommene Schutz zu. Zwar sind die §§ 104 ff. BGB nicht analog anwendbar, da das Verhältnis von Staat zu Individuum von dem zwischen Gleichgestellten wesensverschieden und die Interessenlage nicht vergleichbar ist¹⁶); aber der im BGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Rechtsgedanke ist auch im Wehrrecht anwendbar¹⁷). Dies bedeutet keine Flucht in unbestimmte und nicht justiziable Begriffe, sondern ist ein legitimer Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien, deren Ausgestaltung wiederum induktiv aus der betreffenden Materie gewonnen werden muß. So hat das Reichsgericht in ausführlicher Rechtsprechung¹⁸) den Gedanken der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für seinen Arbeitnehmer „schöpferisch nach seiner inneren Eigenart und seinen Erfordernissen, also unabhängig vom Inhalt des § 618 BGB“¹⁹) in das öffentliche Recht eingeführt.

Für das Wehrrecht ist vor allem § 113 BGB bedeutsam. Liegt die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zum Eintritt vor, dann gilt der Minderjährige ab Ernennung zum Soldaten auf Zeit oder Berufssoldaten für die Eingehung und die im Rahmen des Dienstverhältnisses liegenden Verpflichtungen als voll geschäftsfähig. Ob eine generelle Zustimmungserklärung eine Ermächtigung im Sinne des § 113 BGB oder eine Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB ist, kann dahingestellt bleiben, da wir nur den allgemeinen Rechtsgedanken des § 113 BGB, aber nicht den Wortlaut entsprechend anwenden. Überdies wird die Auslegung von Zustimmungserklärungen ergeben, daß sie sich

¹⁴) Beispiel aus Schreiber, *Der Soldat und das Recht*, Frankfurt a.M. 1957, S. 59.

¹⁵) Staudinger, *Komm. zum BGB*, 1. Band, 11. Aufl., Berlin 1957, § 107, Randnr. 10 will § 107 „entsprechend“ auf die öffentlich-rechtliche Willenserklärung anwenden.

¹⁶) Zur Unterscheidung von Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken vgl. Schack in *Festschrift für Laun*, Hamburg 1948, S. 275 ff.

¹⁷) So zutreffend Schreiber („J. S.“) in *NZWehr* 1960, S. 22.

¹⁸) RGZ 95, 146; 97, 43; 104, 58; 107, 189; 111, 22; 111, 179; 141, 389; 145, 183.

¹⁹) RGZ 141, 389.

im allgemeinen nicht von Ermächtigungen unterscheiden²⁰⁾. Der Wortlaut des § 113 bindet im Wehrdienstverhältnis daher nur insoweit, als er von dem darin ausgedrückten Rechtsgedanken getragen wird. Dessen Inhalt ist der Schutz des Minderjährigen, der durch die Zustimmungsbefähigung seiner Erklärungen erreicht wird, der aber auch dann gewährleistet ist, wenn der Erziehungsberechtigte für die im Rahmen des Dienstverhältnisses liegenden Erklärungen eine generelle Zustimmung erteilt. Der Rahmen wird beispielsweise dann überschritten, wenn ein Soldat die Zustimmung seiner Eltern für 3 Jahre Wehrdienst hatte und sich freiwillig über die vorgesehene Zeit hinaus selbständig weiterverpflichtet.

Von dem gesetzlichen Vertreter kann erwartet werden, daß ihm die Eigenheiten des Dienstverhältnisses, dem er zustimmt, bekannt sind. Im Wehrrecht bestehen besondere Pflichten (Gehorsam, Treue, Kameradschaft, Disziplin usw.), die wesensmäßig mit jeder Wehrverfassung verbunden sind. Will der gesetzliche Vertreter seine Ermächtigung mit Auflagen verbinden, die mit dieser besonderen Struktur unvereinbar sind, so muß er darauf aufmerksam gemacht werden, daß dies nicht möglich ist. Zieht er seine Ermächtigung daraufhin zurück, dann darf der Minderjährige nicht eingestellt werden. Von dieser grundsätzlichen Bedingungsfeindlichkeit der Ermächtigung können Ausnahmen gemacht werden, wenn die Bedingungen einhaltbar sind, ohne daß der Zweck des Wehrdienstes gefährdet wird. Erlauben die Eltern ihrem Sohn den Eintritt in die Bundeswehr als Soldat auf Zeit, verbieten sie aber gleichzeitig eine bestimmte, besonders gefährliche Verwendung, z. B. die als Pilot oder Fallschirmjäger, dann kann der Bedingung genügt werden, ohne in Kollision mit den Anforderungen des Wehrdienstes zu geraten. Die Vereinbarkeit muß von Fall zu Fall von der Ernennungsdienststelle geprüft werden. Da der Schutz des Minderjährigen das vorrangige Prinzip ist, gilt eine unzulässige Bedingung nicht als gegenstandslos, vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, daß die Ermächtigung ohne die Bedingung nicht erteilt worden wäre. Nach der Ernennung kann eine ohne Bedingung erteilte Ermächtigung nicht mehr zurückgenommen werden, da die Ermächtigung zwar Wirksamkeitsvoraussetzung der Ernennung ist, aber den Hoheitsakt der Ernennung nachträglich nicht mehr beeinflussen kann.

Für die Geld- und Sachbezüge der minderjährigen Soldaten bestehen keine rechtlichen Besonderheiten; sie fallen in deren freies Vermögen, unterliegen aber der Verwaltung des Inhabers der elterlichen Gewalt. Dieser wird aber normalerweise der Verfügung gemäß § 110 BGB zustimmen. § 110 BGB ist auf den mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters im Wehrdienst stehenden

²⁰⁾ Die Unterscheidung wird deshalb selbst in großen Kommentaren nicht mehr getroffen. Anders Soergel-Siebert-Seydel, BGB-Kommentar, 9. Aufl., Stuttgart 1959, Anm. 1 zu § 113.

Minderjährigen direkt anwendbar, da er zu den öffentlich-rechtlichen Willensäußerungen, die er im Rahmen des Dienstverhältnisses abgibt, bereits ermächtigt wurde und eine Zustimmung²¹⁾ nach § 110 BGB nur noch für den privaten Rechtsbereich Bedeutung hat.

Bei der Entlassung eines minderjährigen Soldaten kommt es ebenso wie bei der Einstellung auf die Qualifizierung der gestellten Anträge an. Wird ein Antrag wegen Dienstunfähigkeit nach § 55 Abs. 2 SG gestellt, dann setzt dieser ein Amtsverfahren in Gang, bei dem der Antrag nur als Anregung wirkt. Der Verwaltungsakt, der die Dienstuntauglichkeit feststellt, hat Rechtswirkung unabhängig von der Gültigkeit des Antrages.

Anders ist die Rechtslage, wenn eine Entlassung aus Härtegründen gemäß § 55 Abs. 3 SG gefordert wird. Der Antrag ist hier notwendige Voraussetzung zur Einleitung des Verfahrens, er bedarf mit den gleichen Gründen wie der Antrag auf Einstellung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Bei einer analogen Anwendung des § 113 BGB wäre das Ergebnis allerdings anders: die erweiterte Geschäftsfähigkeit würde sich auch auf die Aufhebung des Dienstverhältnisses erstrecken.

Die behandelten Probleme entstehen aus den genannten gegenläufigen Prinzipien, die nur schwer in Einklang zu bringen sind, aus den Überschneidungen von privatem und öffentlichem Recht und aus der mangelnden Differenziertheit der Altersstufen in unserer Rechtsordnung. Die grundsätzliche Gleichbehandlung der 7- bis 21-Jährigen wird angesichts der hohen Verantwortung, die der Soldat auch als Minderjähriger trägt, fragwürdig. Die Notwendigkeit der Berufung auf allgemeine Rechtsgedanken sollte in einem Rechtsstaat mit intakten Gesetzgebungsorganen eine Ausnahme bleiben. Der Schutz des Minderjährigen, das Recht der Eltern auf Erziehung und Pflege ihrer Kinder und der Anspruch der Bundeswehr auf Erstellung einer funktionsfähigen Verteidigungsmacht sind in ihrem verschiedenen Gehalt nur dann ausgleichbar, wenn sie sich nicht als schroffe Gegensätze gegenüber treten, sondern wenn jeder dieser Gehalte „in sich selbst Strukturen des ihm gegenüber tretenden Gehalts aufnimmt“²²⁾.

²¹⁾ Trotz der Fassung des § 110 BGB („ohne Zustimmung“) ist es korrekt, von einer — meist konkludenten — Zustimmung zu sprechen, vgl. Staudinger a. a. O., § 110 Randnr. 1.

²²⁾ Lerche a. a. O. S. 449.