

Gewissensfreiheit und Recht

Entwicklungslinien, grundrechtliche
Dimensionen und konkrete Konfliktlagen¹

von Dieter Deiseroth



Zeichnung: Philipp Heinisch

Das Grundgesetz erkennt in Art. 4 Abs. 1 GG „die Freiheit des Gewissens und seiner Entscheidungen, in denen sich die autonome sittliche Persönlichkeit unmittelbar ausspricht“ (BVerfG)², als „unverletzlich“ an. Auf einen Gesetzesvorbehalt, der dem Gesetzgeber wie bei vielen anderen Grundrechten die Möglichkeit eröffnen würde, das Grundrecht durch einfachgesetzliche Regelungen einzuschränken, hat der Verfassungsgeber als Reaktion auf die leidvollen Erfahrungen insbesondere während des verbrecherischen NS-Regimes und auf den dort erlebten „Massenschlaf des Gewissens“ bewusst verzichtet.

Art. 4 Abs. 3 GG gewährleistet darüber hinaus, dass „niemand gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden“ darf (Satz 1). „Das Nähere“ ist durch ein Bundesgesetz zu regeln (Satz 2).

1. Entwicklungslinien

Verfassungsgeschichtlich betrachtet ist das Grundrecht der Gewissensfreiheit in Europa und Nordamerika aus der Auflehnung und den neuzeitlichen Kämpfen gegen geistliche Bevormundungen durch die christliche(n) Amtskirche(n) und den Glaubenszwang des christlichen Staates (im Reich und in den Landesterritorien) hervorgegangen.³ Nach den Artikeln des nach dem „Zeitalter der Religionskriege“ am Ende des 30jährigen Krieges 1648 abgeschlossenen

„Westfälischen Friedens“ gewährte der jeweilige christliche Landesherr seinen andersgläubigen Untertanen – vorausgesetzt, es handelte sich um Katholiken oder Protestanten der Augsburger Konfession, nicht aber um Juden oder Mitglieder von „Sekten“ – die religiöse Bekenntnisfreiheit und die „ungestörte Hausandacht“, sofern er nicht von seinem Recht Gebrauch machte, sie außer Landes zu verweisen.⁴ Über diesen Minimalstandard für die Angehörigen der genannten Religionen hinaus erfuhr die Religions- und Gewissensfreiheit zunächst nur auf landesrechtlicher Ebene Anerkennung, bis schließlich in Anknüpfung an die Formulierung in § 144 der (zwar in Kraft getretenen, jedoch niemals wirksam gewordenen) Paulskirchenverfassung vom 27. März 1849 erstmals die Weimarer Reichsverfassung (WRV) von 1919 in Art. 135 WRV allen Bewohnern des Reiches einheitlich „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit“ gewährleistete. Dieser grundrechtliche Schutz galt jedoch ausdrücklich nur innerhalb der Schranken der „allgemeinen Staatsgesetze“ und war mithin durch alle gesetzlichen Regelungen in deren jeweiligem Anwendungsbereich eingeschränkt.

Die in Deutschland seit 1919 neben der ebenfalls ausdrücklich gewährleisteten „Glaubensfreiheit“ nunmehr verselbständigte und damit in einem Verfassungsstaat ohne Staatsreligion säkularisierte „Gewissensfreiheit“ provozierte Kontro-

versen: Sollte sie lediglich das „forum internum“ jedes Menschen im Sinne eines Grundrechts auf das ungestörte Haben einer sittlichen Überzeugung sowie auf innere Gedankenfreiheit schützen? Oder gewährleistete sie darüber hinaus insbesondere auch die sittliche Handlungsfreiheit jedes Individuums, also das Recht jedes Menschen, sein sittliches Verhalten in der Gesellschaft nach den eigenen Überzeugungen auszurichten? Die darüber in den wenigen Jahren der Weimarer Republik geführten Debatten, in denen beide Auffassungen vertreten wurden, blieben für die Rechtspraxis folgenlos, schon weil der in Art. 135 WRV verankerte allgemeine Gesetzesvorbehalt stets den Vorrang des einfachen Gesetzesrechtes gegenüber dem Grundrecht der Gewissensfreiheit garantierte.

Während in den Gründerjahren der Bundesrepublik Deutschland dem in Art. 4 Abs. 1 GG nunmehr erstmals ohne Gesetzesvorbehalt als „unverletzlich“ selbstständig neben der Glaubensfreiheit gewährleisteten Grundrecht der Gewissensfreiheit lange Zeit keine große Beachtung und kaum praktische Bedeutung zugemessen wurde, änderte sich dies Ende der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts. Dies dürfte zum Einen den zunehmenden Kontroversen um die rechtliche und praktische Ausgestaltung des in Art. 4 Abs. 3 GG speziell gewährleisteten und nunmehr verstärkt in Anspruch genommenen Grundrechts

auf Kriegsdienstverweigerung geschuldet gewesen sein. Außerdem wirkten sich die gesellschaftlichen Umbrüche im Zusammenhang mit neuen sozialen Bewegungen (vor allem im Umfeld der „Studenten-“, „Frauen-“, „Umwelt-“ und „Friedens-Bewegung“) aus. Bürgerinnen und Bürger beriefen sich dabei vielfach für ihr Handeln gegenüber dem vom Gesetzgeber gesetzten und von den Gerichten konkretisierten Recht auf ihr Gewissen. Dies blieb nicht ohne Auswirkungen für die fachjuristischen Debatten und die Rechtsprechung. Mehr und mehr setzte sich dabei – anders als in der Weimarer Republik – die Auffassung durch, dass die Gewissensfreiheit entsprechend der vom Bundesverfassungsgericht seit langem so verstandenen und ebenfalls in Art. 4 Abs. 1 GG verankerten Glaubensfreiheit nicht nur das „forum internum“ des Individuums schützt, sondern dass sie als grundrechtlich – unabhängig von einer Religion oder einem bestimmten Glauben – gewährleistete Freiheit gewissensorientierter Lebensführung jedes Individuums zu verstehen ist, also auch für das „forum externum“ Wirksamkeit entfaltet. Das hatte höchst praktische Folgen. Da die in Art. 4 Abs. 1 GG grundrechtlich gewährleistete Gewissensfreiheit durch den Verfassungsgeber bewusst nicht einem Gesetzesvorbehalt unterworfen worden ist, stellte sich beinahe zwangsläufig die Frage, ob das Grundrecht deshalb auch „schrackenlos“ ist. Daraus entwickelten sich sowohl im politisch-gesellschaftlichen Raum als auch im Fachschrifttum und in der Rechtsprechung bis heute fortdauernde Auseinandersetzungen, die vor allem um die Bestimmung der rechtlichen Grenzen der Gewissensfreiheit kreisen: Soll sich wirklich jedes Individuum auch gegenüber dem „geltenden Recht“ auf sein – höherrangiges – individuelles Gewissen berufen dürfen? Wird dadurch nicht die Gleichheit vor dem Gesetz aufgehoben und jedem letztlich ermöglicht, nur noch dasjenige Recht anzuerkennen und zu befolgen, das in seiner individuellen Wahrnehmung seinem Gewissen entspricht? Muss nicht vielmehr in jedem Einzelfall durch die zuständigen staatlichen Stellen, also letztlich durch die Gerichte, „abgewogen“ werden, ob der individuellen Gewissensentscheidung gewichtigere „Werte“, „Rechts-

güter“, „Prinzipien“ oder „Grundsätze“ vorgehen?

2. Dimensionen und Bedeutungsschichten der grundrechtlichen Gewährleistung

Die in Art. 4 Abs. 1 GG garantierte Gewissensfreiheit hat in ihrem normativen Regelungsgehalt *mehrere Dimensionen und Bedeutungsschichten*, die in einem Ergänzungsverhältnis zueinander stehen.

a) Zentral geht es dabei um die Gewährleistung der Integrität und Identität der menschlichen Persönlichkeit, also um den Schutz des personalen Bereichs ethischer Selbstbestimmung des Individuums. Das ist weithin unbestritten.⁵ Darunter fällt zunächst unzweifelhaft das gegen staatliche Eingriffe geschützte Recht jedes Individuums, sich ein Gewissen zu bilden und es zu haben („innere Gewissensfreiheit“). Der Schutzbereich dieses „*forum internum*“ umfasst danach die subjektive innere Herausbildung von Werten und Überzeugungen sowie das Innehaben des Gewissens der einzelnen Persönlichkeit. Dies beinhaltet in der abwehrrechtlichen, also gegen den Staat gerichteten Dimension des Grundrechts vor allem das Verbot des staatlichen Zugriffs auf den Bereich des „forum internum“ des Individuums durch Gehirnwäsche, Hypnose, Drogen und ähnliche Eingriffe in physiologisch-psychische Wirkungszusammenhänge. Dem grundrechtlichen Verbot unterliegt dagegen nicht die staatliche Einflussnahme auf den Prozess der (moralisch-ethischen) Erziehung im Rahmen der Wahrnehmung verfassungsrechtlich zulässiger Aufgaben und Befugnisse z. B. nach Art. 6 Abs. 3 GG (Schutz von Kindern bei drohender Verwahrlosung oder anderem Versagen der Erziehungsberechtigten) oder nach Art. 7 Abs. 1 GG (staatliche Schulaufsicht; Festlegung von Bildungszielen in der Schule [„Lehrpläne, Rahmenrichtlinien pp] oder z. B. Einführung von „Ethikunterricht“⁶).

Die Gewissensfreiheit schützt darüber hinaus – ebenfalls weithin unbestritten – das „*forum externum*“, also die Freiheit zu gewissensgeleitetem Handeln und Verhalten gegenüber staatlichen Beeinträchtigungen. Sie beinhaltet

damit das Recht des Individuums, in Übereinstimmung mit seinem Gewissen zu leben und zu handeln. Dabei geht es in der abwehrrechtlichen, also gegen den Staat gerichteten Dimension des Grundrechts um eine Freistellung von der Pflicht zur Erfüllung gewissenbelastender staatlicher Gebote, sofern diese dem Individuum einen gravierenden Konflikt aufzwingen und dadurch die Abwehrfunktion des Gewissens mobilisieren. Für den Betroffenen soll durch die Gewährleistung der Gewissensfreiheit der Handlungsspielraum für gewissensgeleitetes Handeln und Verhalten erweitert werden, wenn die staatliche Rechtsordnung den Einzelnen anderenfalls vor die Alternative stellt, gewissenswidrig und rechtmäßig oder gewissenskonform und rechtswidrig zu handeln. Dem Betroffenen müssen für diesen Fall „gewissenschonende“ Handlungsalternativen bereitgestellt werden, die sicherstellen, dass von diesen ohne Stigmatisierung und Diskriminierung Gebrauch gemacht werden kann. Der Konflikt zwischen Gewissen und geltendem Recht wird dadurch entschärft.

Neben dieser abwehrrechtlichen hat das Grundrecht der Gewissensfreiheit *für das Individuum* auch eine schutzrechtliche Dimension gegenüber Beeinträchtigungen durch nicht-staatliche Akteure. Das war lange umstritten, ist aber inzwischen zu Recht weithin anerkannt:⁷ Jedes Individuum hat einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass seine Gewissensfreiheit auch z. B. durch seinen privaten Arbeitgeber respektiert wird und dass der Staat dies gewährleistet. Denn die durch Art. 1 Abs. 3 GG normierte Bindung aller staatlichen Gewalt (Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung) an die Grundrechte und damit auch an das Grundrecht der Gewissensfreiheit als „unmittelbar geltendes Recht“ begründet für alle staatlichen Organe Verpflichtungen in allen Bereichen, in denen diese Handlungskompetenzen haben, nutzen und nutzen können. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten ist, rechtliche Schutznormen zu schaffen, die gewährleisten, dass die von Art. 4 Abs. 1 GG als „unverletzlich“ gewährleistete Gewissensfreiheit im gesellschaftlichen Bereich nicht leer läuft. Er muss aufgrund dieser „Aus-

strahlungswirkung“ des Grundrechts die Rechtsnormen insbesondere für den privat-, arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Bereich grundrechtsschützend ausgestalten. Zudem ist aufgrund der grundrechtlichen „Ausstrahlungswirkung“ auch die Rechtsprechung verpflichtet, die vom Gesetzgeber in Kraft gesetzten Rechtsnormen, insbesondere darin enthaltene „unbestimmte Rechtsbegriffe“, grundrechtsschützend ausulegen und anzuwenden, um nicht durch eigenes aktives Tun oder durch eigenes Unterlassen die „Unverletzlichkeit“ der Gewissensfreiheit im gesellschaftlichen Bereich leer laufen zu lassen und damit zu missachten.⁸

Gewissen zwischen Schlaf und Verschleiß

b) Der in Art. 4 Abs. 1 GG verankerte grundrechtliche Schutz der Gewissensfreiheit hat dabei ersichtlich nicht nur den normativen Sinn und Zweck, eine Minderheit vor individuellem Gewissenszwang zu bewahren. Der Geltungsgehalt des Grundrechts muss auch in dessen Regelungszusammenhang mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG normierten Demokratiegebot ermittelt und interpretiert werden. Dies erhellt schlaglichtartig die Kontroverse während der 1948/49 erfolgten Ausarbeitung und Beratung des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat (um die Einfügung eines Rechts auf „Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen“) zwischen den Abgeordneten Theodor Heuss und Fritz Eberhard. Eberhard stellte der von Theodor Heuss als abschreckend beschworenen Gefahr eines „Massenschlaf(es) des Gewissens“ den „Massenschlaf des Gewissens“ gegenüber und fand damit große Zustimmung:

„Ich glaube, wir haben hinter uns einen Massenschlaf des Gewissens. In diesem Massenschlaf des Gewissens haben die Deutschen zu Millionen gesagt: Befehl ist Befehl, und haben daraufhin getötet. Dieser Absatz (gemeint: Art. 4 Abs. 3 GG) kann eine große pädagogische Wirkung haben, und wir hoffen, er wird sie haben. Denn es wird durch ihn in die Gewissensentscheidung des Einzelnen gelegt, ob er einen solchen Befehl für sich gelten lassen will oder ... in anderer

Weise dem Lande dienen will. Darum glaube ich, gerade in dieser Situation nach dem Kriege und nach dem totalitären System, wo wir Schluss machen müssen mit der Auffassung: Befehl ist Befehl – wenn wir nämlich die Demokratie aufbauen wollen –, ist dieser Absatz angebracht.“

Vom Sonderfall des autistisch in sich selbst verschlossenen Gewissens abgesehen vergewissert sich das Gewissen der Individuen im Dialog mit anderen. Dabei geht es nicht nur um individuelle oder gruppeninterne Kommunikation. Denn der ethisch-moralische Diskurs ist zugleich ein Teil des offenen demokratischen Willensbildungsprozesses.⁹ Gewissensäußerungen gehen in den politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess ein. Infolge ihrer Spezifik und mit ihrer Suche nach Resonanz im fremden Gewissen haben sie neben der Inanspruchnahme der klassischen politischen Beteiligungsrechte (u. a. Meinungs-, Versammlungs-, Vereinigungsrecht) eigenständige Bedeutung. Der Gewissensdiskurs ergänzt den politischen Diskurs, macht auf Fehlentwicklungen und moralische Defizite im Recht sowie auf Brüche und Spannungen aufmerksam, die im politischen Prozess nicht hinreichend be- und verarbeitet worden sind. Durch intensive Appelle auf der Gewissensebene können spezifische Selektionsmechanismen¹⁰ und Barrieren der demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozesse eher erkannt und diskursiv aufgebrochen, Lernprozesse angestoßen und aktuelle oder strukturelle Defizite des repräsentativen parlamentarischen Systems teilweise kompensiert werden.¹¹

Es geht bei der Gewährleistung der Gewissensfreiheit auch um den Schutz der Verantwortungsfähigkeit des einzelnen Bürgers in einer demokratischen Gesellschaft.¹² Demokratie setzt die Bereitschaft ihrer Bürgerinnen und Bürger zu verantwortlichem Handeln voraus, d. h. zum Engagement, zur aktiven Mitgestaltung sowie zur kritischen Reflexion von Zusammenhängen und Folgen des eigenen Verhaltens und desjenigen anderer.¹³ Verantwortungsbereitschaft kann bei der in einer Demokratie unverzichtbaren Mehrheitsregel gewahrt und gefördert werden, wenn überstimmte Minderhei-

ten, die die Mehrheitsentscheidung aus Gewissensgründen nicht mittragen können, insoweit vom Rechtszwang zur Beteiligung etwa durch Bereitstellung gewissensschonender Handlungsalternativen freigestellt werden. Das liegt nicht nur im individuellen, sondern auch im gesellschaftlichen Interesse. Indem die Gewissensfreiheit von der Mehrheit als Grenze des Rechtszwangs anerkannt wird, gewinnt die Demokratie Legitimität unabhängig von der Zugehörigkeit des Einzelnen zur Mehrheit oder Minderheit und geht letztlich gestärkt aus diesem Prozess hervor. Dabei kann die Rechtsordnung des modernen demokratischen Verfassungsstaates freilich nur die Voraussetzungen dafür schaffen, dass das Individuum als Citoyen den seinem Gewissen entgegengebrachten Respekt mit Loyalität erwidert, kann und darf dies aber nicht zur Voraussetzung der Respektierung machen.¹⁴ Ohne die Bereitschaft der Bürgerinnen und Bürger

Gewissensfreiheit legitimiert keinen Rechtsbruch

zur Demokratie ist Demokratie schwerlich möglich. Ein Weg, solche Bereitschaft zu fördern und zu gewährleisten, ist die Achtung staatlicher Instanzen vor dem Gewissen.

Der Gewissensdiskurs endet nicht an den Grenzen des positiven Rechts, sondern versucht, sich seiner moralischen Grundlagen zu vergewissern. An der Nahtstelle von Legalität und Legitimität klagt das Gewissen die im positiven Recht möglicherweise verkümmerten Postulate einer gerechten Ordnung ein.¹⁵

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit ist Bestandteil des geltenden Rechts. Denn Art. 4 Abs. 1 GG ist in die geltende Rechtsordnung „eingebaut“ und fordert normativ die Verarbeitung der daraus entstehenden Konflikte. Das Grundrecht stellt die Verbindlichkeit des geltenden Rechts in einer demokratischen Gesellschaft nicht in Frage und berechtigt nicht zum Rechtsbruch. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit gründet in einer pluralistischen Demokratie auf der Erkenntnis, dass es nicht möglich ist, das ethisch Gebotene immer zweifelsfrei zu erkennen. Auch

die Anwendung der Mehrheitsregel, also die empirisch feststellbare Unterstützung durch die demokratisch ermittelte Mehrheit, bietet keine absolute Gewähr dagegen, dass ethische Grenzmarken überschritten werden. Deshalb verbietet die Gewissensfreiheit eine „Vergewaltigung“ des Gewissens des Individuums durch die Mehrheit. Das darf aber „umgekehrt“ auch nicht dazu führen, dass eine Minderheit der Mehrheit ihre Überzeugungen vom ethisch Gebotenen aufzwingen kann. Aus der Gewissensfreiheit folgt deshalb nicht die rechtliche Unverbindlichkeit einer Rechtsnorm für diejenigen, die der Überzeugung sind, dass sie ihrem eigenen Gewissen widerspricht. Denn die objektive Frage der Gültigkeit einer demokratisch zustande gekommenen Rechtsnorm ist in einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht vom subjektiven Maßstab des individuellen Gewissens abhängig, sondern gründet darin, dass sie in verfassungsmäßiger Weise zustande gekommen ist. Die im Gesetzgebungsverfahren unterlegene Minderheit sowie dann alle Staatsbürger sind an das verfassungsmäßig in Kraft gesetzte Recht gebunden, weil der politische Wille der Mehrheit die Form der Legalität angenommen hat. Vorausgesetzt wird in der parteienstaatlichen Demokratie des Grundgesetzes (vgl. Art. 20 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG) dabei, dass für die in der Parteienkonkurrenz unterlegenen Parteien, Organisationen und Bürger politische Chancengleichheit besteht: Wer diesmal in der „Minderheit“ geblieben ist, muss das reale Recht haben, künftig zur Mehrheit zu werden, die dann darüber befindet, was geltendes Recht bleibt oder durch verfassungsgemäße Neuschaffung dazu wird.

Das in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht der Gewissensfreiheit kann deshalb „lediglich“ die Beschränkung der Erzwingbarkeit des Rechts beinhalten: Demokratisch zustande gekommene Rechtsnormen sind und gelten also auch für das Individuum, dessen Gewissen sie widersprechen; sie dürfen aber ihm gegenüber nicht erzwungen werden.

3. Gewissensbegriff

Den Art. 4 Abs. 1 und 3 GG zugrunde liegenden *Gewissensbegriff* entneh-

men das Bundesverfassungsgericht, die Fachgerichte und die dem folgende ganz überwiegende Auffassung im Fachschrifttum dem „allgemeinen Sprachgebrauch“¹⁶. Eine Auseinandersetzung mit theologischen und philosophischen Lehren über Begriff, Wesen und Ursprung des Gewissens überschreite – so lautet die Begründung dafür – die richterliche Kompetenz und sei zudem in Anbetracht der diesbezüglich tief greifenden Meinungsverschiedenheiten rechtlich unergiebig.

„Gewissen“ ist danach ein „real erfahrbare seelisches Phänomen ..., dessen Forderungen, Mahnungen und Wahrnehmungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“.¹⁷

Als eine „*Gewissensentscheidung*“ ist „jede ernste sittliche, das heißt an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“ (ständige Rechtsprechung).

Bei der Anwendung der Verfassungsnorm des Art. 4 (Abs. 1 und 3) GG durch die staatlichen Gewalten im Einzelfall darf dem Phänomen „Gewissen“ nur so weit nachgegangen werden, als der Rechtsanwender mit den ihm zu Gebote stehenden Erkenntnismitteln zu prüfen hat, ob dasjenige, was sich nach außen als Gewissensentscheidung kundgibt, wirklich „den Charakter eines unabwiesbaren, den Ernst eines die ganze Persönlichkeit ergreifenden sittlichen Gebotes, einer inneren Warnung vor dem Bösen und eines unmittelbaren Anrufs zum Guten, trägt“. Denn davon hängt die begehrte Rechtsfolge ab; die Rechtsfolge kann nur eintreten, wenn die Frage nach dem „Ob“ einer Gewissensentscheidung bejaht werden kann. Die Prüfungsbefugnis geht aber nicht so weit, dass die – einmal als solche erkannte – Gewissensentscheidung in irgendeinem Sinn, etwa als „irrig“, „falsch“ oder „richtig“, bewertet werden dürfte. Was der/die Einzelne dabei zum Gegenstand der eigenen Gewissensentscheidung bzw. einer gewissensorientierten Lebensführung macht, hängt von der individuellen moralischen Entwicklung und dem ge-

sellschaftlichen Kontext ab. Dabei ist es nicht Aufgabe staatlicher Instanzen, Gewissenspositionen vom staatlichen Interesse her als nützlich oder als gemeinschaftsschädlich zu bewerten und sie an Hand „objektiver“ Maßstäbe auf ihre „Richtigkeit“ zu überprüfen oder sich zum Richter über ihren ethischen Wert aufzuwerfen. Das ist im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dieser abstrakten Ebene heute weithin allgemein anerkannt.

4. Verfassungsrechtliche Grenzen der Gewissensfreiheit

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit steht nach dem Grundgesetz jedem Individuum zu, insbesondere unabhängig von der jeweiligen Staatsangehörigkeit. Es ist deshalb nicht nur ein Bürger-, sondern ein Menschenrecht.

Da es jedem Individuum gewährleistet ist, unterliegt es auch keinem „numerischen Vorbehalt“. Es ist nicht davon abhängig, wie viele andere Personen es im konkreten Fall gleichzeitig oder später noch in Anspruch nehmen. Ihm kann und darf von Verfassungs wegen nicht entgegen gehalten werden, man möge von seinem Gebrauch im vorliegenden Fall Abstand nehmen, weil bei „zu vielen“ Grundrechts-Inanspruchnahmen Unzuträglichkeiten für bestimmte staatliche Interessen drohen. Nach dem Grundgesetz kann und darf es von Verfassungs wegen kein staatliches Interesse geben, das den Schutz der Gewissensfreiheit nicht unverletzlich beinhaltet.

Die „Unverletzlichkeit“ der in Art. 4 Abs. 1 GG normierten Gewissensfreiheit unterliegt, wie der Wortlaut der Norm, ihr Regelungszusammenhang und ihre Entstehungsgeschichte ausweisen, anders als andere Grundrechte ausdrücklich keinem „Gesetzesvorbehalt“. Der Gesetzgeber – und erst Recht auch nicht die Exekutive (Regierung und Verwaltung) oder die Rechtsprechung – dürfen deshalb keinesfalls in den grundrechtlichen Schutzbereich eingreifen.

Die Gewissensfreiheit ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, sondern findet als Bestandteil des Grundgesetzes ihre Grenzen unmittelbar in

anderen Bestimmungen des Grundgesetzes, wenn und soweit diese „ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut“ (BVerfG) schützen. Gesetzgeber und Exekutive dürfen das Grundrecht der Gewissensfreiheit damit nur in den Grenzen ausgestalten und begrenzen, die sich bereits aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben („Einheit der Verfassung“). Das muss auch von der Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzen im Normbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit beachtet werden.¹⁸

II. Schutz der Gewissensfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und in der Europäischen Union

In der Rechtsprechung des für die Auslegung der EMRK zuständigen Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs (EGMR) in Straßburg hat die Auslegung des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 9 EMRK: „Jedermann hat Anspruch auf ... Gewissensfreiheit“) – anders als die Religionsfreiheit – bisher keine Rolle gespielt. Die (seinerzeit dem EGMR vorgeschaltete, zwischenzeitlich aufgelöste) „Europäische Kommission für Menschenrechte“¹⁹ hat im Jahre 1966 lediglich entschieden, dass die EMRK kein Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen enthält.²⁰ Allerdings mehren sich in der Rechtsprechung des EGMR die Anzeichen für eine großzügigere Interpretation der EMRK zugunsten einer Garantie des Grundrechts auf Kriegsdienstverweigerung.²¹

Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg hat in seiner bisherigen Rechtsprechung weder vor noch nach der Proklamation der Europäischen Grundrechte-Charta (Art. 10 Abs. 1: „Jede Person hat das Recht auf ... Gewissensfreiheit“) Entscheidungen getroffen, die sich explizit auf die Gewissensfreiheit gestützt haben.²²

III. Konkrete Konfliktlagen in der bisherigen Rechtspraxis deutscher Gerichte

Im Folgenden sollen zur Illustrierung der geltenden Rechtslage stichwortartig verschiedene Konflikte um die Gewissensfreiheit referiert werden, in denen die

Rechtsprechung über die Reichweite und die Grenzen der Gewissensfreiheit zu entscheiden hatte.

Tierschutz

Angestellte und Studierende hatten sich in mehreren Konfliktfällen unter Berufung auf ihre Gewissensfreiheit geweigert, an zu Forschungs- oder Lehrzwecken getöteten Tieren zu arbeiten oder an Tierversuchen mitzuwirken. Das Verwaltungsgericht Frankfurt/Main²³ löste den Konflikt durch eine „Abwägung“ zugunsten der Gewissensfreiheit. Demgegenüber haben andere Gerichte²⁴ eine gegenteilige Abwägungsentscheidung zugunsten der Lehr- und Forschungsfreiheit der Hochschullehrer getroffen, die die Arbeit an solchen Tierversuchen verlangt hatten. Das BVerwG entschied in einem Urteil vom 18.6.1997, dass ein Student, dem sein Gewissen die Teilnahme an zoologischen Praktika mit eigens dafür getöteten Tieren verbietet, ggf. vor Beginn eines Praktikums bei dem zuständigen Hochschullehrer oder Prüfungsamt erreichen kann, dass die Leistungsanforderungen modifiziert werden. Er hat dann für jede einzelne sein Gewissen belastende Übung konkrete und im Hinblick auf das Ausbildungsziel geeignete Angebote gewissenschonender Alternativübungen zu unterbreiten. Diese Angebote sind ggf. zu akzeptieren, wenn weder der Ablauf des regulären Praktikums gestört wird noch die Bereitstellung alternativen Materials mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden und auch der Ausbildungserfolg nicht in Frage gestellt ist. Gewissensgründe berechtigen einen Studenten jedoch nicht dazu, selbst zu entscheiden, welche Leistungen erforderlich sind, um ein universitäres Praktikum mit Erfolg zu absolvieren.²⁵

„Stromzahlungsboykott“

Verbraucher hatten sich u.a. unter Berufung auf ihr Gewissen geweigert, die Stromrechnungen ihres Energieerzeugungsunternehmens in vollem Umfang zu begleichen; sie kürzten diese um den errechneten „Atomstromanteil“. Während einige Amtsgerichte den „Boykotteuren“ Recht gaben und ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (erhebliche Gefährdung der Gesundheit des Boykotteurs durch den Atomkraft-

werksbetrieb) anerkannten,²⁶ obsiegt in allen anderen Fällen (bis 1982 ca. 300 – 400 Urteile) die Energieversorgungsunternehmen.

Anteilige Nichtentrichtung von Krankenkassenbeiträgen

Krankenkassenmitglieder hatten sich unter Berufung auf ihr Gewissen geweigert, ihre Krankenkassenbeiträge in vollem Umfang zu bezahlen, um zu verhindern, dass damit auch Schwangerschaftsabbrüche finanziert werden. Das BVerfG²⁷ entschied hierzu, der Einzelne könne nicht verlangen, dass seine Gewissensüberzeugung zum Maßstab der Gültigkeit genereller Rechtsnormen oder ihrer Anwendung gemacht werde.

Teilweise oder vollständige Verweigerung der Zahlung von Steuern

Verschiedene Bürger hatten ihre zu entrichtende Einkommenssteuer anteilig gekürzt, um zu verhindern, dass damit bestimmte oder allgemein Rüstungsausgaben finanziert werden („Rüstungssteuer-Boykott“). Das BVerfG hat hierzu wiederholt judiziert,²⁸ dass Steuern allgemein zur Deckung der Staatsausgaben erhoben werden, sodass bereits der Ansatzpunkt für eine auf eine Gewissensentscheidung gestützte Nichtzahlung fehle.

„Ausstrahlungswirkung“ der Gewissensfreiheit im Arbeitsrecht

Im Falle der Weigerung eines in einer Druckerei beschäftigten Arbeiters (anerkannter KDV und Mitglied der VVN) an der Herstellung kriegsverherrlichender Druckwerke mitzuwirken, hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) bereits in einem Urteil vom 29.1.1960²⁹ entschieden, dass „kein Bürger der Bundesrepublik nach seinem Arbeitsvertrag verpflichtet sein kann, für eine Zeitschrift, die den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat angreift oder das blutbefleckte Gewalt- und Unrechtsregime des Nazismus verherrlicht oder verharmlost, auch nur im geringsten tätig zu sein“.

In einem weiteren Urteil des BAG vom 20.12.1984³⁰ heißt es, „aufgrund der mittelbaren Wirkung des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) über § 315 BGB“ darf ein „Arbeitgeber (AG) dem Arbeitnehmer (AN) keine Arbeit zuweisen, die den AN in einen solchen

Gewissenskonflikt versetzt, der unter Abwägung der beiderseitigen Interessen vermeidbar gewesen wäre.“ Es ging dabei um die Herstellung von Prospekten für das Buch „Das waren die deutschen Jagdfliegerasse 1939 – 1945“. Das BAG stellte für eine Lösung des Konflikts zwischen dem Direktionsrecht des AG und der Gewissensfreiheit des Beschäftigten auf drei Kriterien ab: (1) Musste der AN schon beim Vertragsabschluss damit rechnen, dass ihm Arbeiten zugewiesen werden, die er nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann? (2) Muss der AG aus betrieblichen Erfordernissen darauf bestehen, dass gerade der sich auf einen Gewissenskonflikt berufende AN diese bestimmte Arbeit ausführt? (3) Muss der AG in der Zukunft mit zahlreichen weiteren Gewissenskonflikten des AN rechnen und kann er ihm Tätigkeiten zuweisen, bei denen ein Gewissenskonflikt nicht zu befürchten ist? Im vorliegenden Fall obsiegte der gekündigte AN.

Bei finanziellen Folgen nur ausnahmsweise Vorrang

Auch im sog. „NATO-Pillen-Fall“ bestätigte das BAG die Relevanz des Grundrechts der Gewissensfreiheit für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Es ging dabei um einen in einer Forschungsabteilung eines Unternehmens angestellten Arzt, der sich der Mitarbeit bei der Entwicklung von Präparaten verweigerte, die nach seiner Ansicht im Bereich der NATO-Staaten dazu genutzt werden konnten oder gar sollten, Soldaten im Atomkriegsfall gegenüber strahlungsbedingter Übelkeit unempfindlicher zu machen³¹; im konkreten Fall war die Revision des Arztes gegen die für ihn negativen Urteile der Vorinstanzen erfolgreich. Die personenbedingte Kündigung durch den AG wegen nicht vorhandener anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten für den Arzt führte freilich dennoch zum Verlust des Arbeitsplatzes. Das Redaktionsstatut einer Tageszeitung wird vom BAG als arbeitsrechtlicher Ausgleich verschiedener Grundrechtspositionen von Verlag, Chefredakteur und Redakteuren verstanden, zu denen es auf der Seite der Redakteure deren Gewissensfreiheit zählt.³²

„Ausstrahlungswirkung“ der Gewissensfreiheit im Sozialrecht

Die Verhängung einer vierwöchigen Sperrzeit durch die Bundesanstalt für Arbeit (Arbeitslosenversicherung) wegen der durch einen Arbeitslosen unter Berufung auf die Gewissensfreiheit erfolgten Ablehnung, eine ihm angebotene Stelle bei einem Betrieb anzunehmen, der sich mit der Herstellung und Wartung von militärischen Fahrzeugen befasste, wurde vom Bundessozialgericht (BSG) in einem Urteil vom 10.12.1980³³ für rechtmäßig erklärt. Es liege keine Verletzung der Gewissensfreiheit vor, da der Einzelne, der sein Verhalten auf Gewissensgründe stütze, die daraus folgenden Nachteile in Kauf nehmen muss, insbesondere dort, wo es um finanzielle Folgen seines Handelns gehe.³⁴

Dagegen hielt das Sozialgericht Frankfurt a. M. in einem Urteil vom 22.9.1983³⁵ die Verhängung einer achtwöchigen Sperrfrist bei einem Arbeitssuchenden für rechtswidrig, der sich aus Gewissensgründen geweigert hatte, eine ihm vom Arbeitsamt zugewiesene Arbeitsstelle im zivilen Dienst der US-Streitkräfte in Frankfurt a. M. anzunehmen. Es entschied: Wenn Arbeiten unmittelbar die Herstellung oder den Einsatz von Waffen gegenüber Menschen betreffen, ist der „individuellen Grundrechtsposition – ausnahmsweise – der Vorrang einzuräumen vor dem Schutz der Rechtsgüter der Allgemeinheit ...“ (an einer möglichst raschen Eingliederung der Arbeitslosen in den Arbeitsprozess).

Beamtenrecht

Eine bisher für die Bearbeitung von Anzeigen gegen Kinder, weibliche Jugendliche und Heranwachsende sowie für Vernehmungen dieses Personenkreises zuständige Berliner Kriminalbeamtin hatte es u.a. unter Berufung auf Gewissensgründe abgelehnt, sich entsprechend einer neuen Anweisung und Dienstpraxis wie männliche Kollegen mit einer Dienstwaffe ausrüsten zu lassen und nach der Grundausbildung an den regelmäßigen Schießübungen teilzunehmen. Das BVerwG gelangte in einem Urteil aus dem Jahre 1978 – ohne nähere Prüfung, ob eine wirksame Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG vorlag – im Wege einer „Abwägung zwischen dem Anliegen“ der Beamtin und „denen des Dienst-

herrn“ zum Ergebnis, es liege „auf der Hand, dass die Funktionstüchtigkeit des Staates ernstlich bedroht wäre, könnte ein Beamter sich unter bloßer Berufung auf sein Gewissen einer dienstlichen Weisung entziehen“. Jeder Beamte müsse es „grundsätzlich hinnehmen, dass ihm Verhaltensweisen angesonnen werden ..., die dem durch seine von ihm nach seinem freien Willensentschluss gewählte Laufbahn geprägten Berufsbild wesensmäßig sind“.³⁶

Gewissensfreiheit als Wertungsfrage

In einem anderen höchstrichterlich entschiedenen Fall hatte sich ein (beamteter) Briefträger geweigert, Wurfsendungen der Scientology Kirche International auszutragen; stattdessen zerriss er diese Materialien. Das BVerwG entschied in einem Urteil vom 29.6.1999,³⁷ dass die geltend gemachte und vom Senat (ausweislich des Urteilstextes) relativ cursorisch als gegeben erachtete Gewissensentscheidung des Beamten gegenüber der „beamtenrechtliche(n) Gehorsamspflicht (§ 55 Satz 2 BBG) als einer der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums i.S. des Art. 33 Abs. 5 GG“ und gegenüber der „Funktionsfähigkeit des Postbetriebs“ zurücktreten müsse. Bediene sich die Post des Einsatzes von Beamten, so seien diese „grundsätzlich gehalten, im Rahmen ihrer Gehorsamspflicht den dienstlichen Weisungen – hier den Zustellvorschriften – Folge zu leisten.“ Geräte der Beamte dadurch in einen Gewissenskonflikt, sei er verpflichtet, diesen mit den Mitteln des Beamtenrechts, „z. B. durch Remonstration (§ 56 Abs. 2 BBG) oder Umsetzung“ dienstintern „zu bewältigen“. Im vorliegenden Fall habe es der Beamte jedoch unterlassen, bei seinen Vorgesetzten zu remonstrieren³⁸ oder „z. B. bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Antrag auf nicht nur vorübergehende Umsetzung auf einen anderen Dienstposten“ zu stellen, „um so den für ihn vorhersehbaren Gewissenskonflikt zu vermeiden.“³⁹ Einen solchen Umsetzungsantrag, der für ihn objektiv möglich und zumutbar gewesen sei, habe der Beamte jedoch nicht gestellt, obwohl der Gewissenskonflikt

vorhersehbar gewesen sei. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass seine innere seelische Not gerade die eigenmächtige Vernichtung der unliebsamen Briefsendungen, die zudem Grundrechte Dritter (Absender und Empfänger) tangierte, erfordert habe.

Soldatenrecht

Fragen des Gewissens waren innerhalb der Bundeswehr bisher – außerhalb des Bereichs der Anträge auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerung – eher selten Gegenstand des militärischen Alltags. Allerdings wurde von der Rechtsprechung bereits im Jahre 1970 die auf eine Gewissensentscheidung gestützte Weigerung eines Soldaten anerkannt, den Befehl auszuführen, sich gegen Tetanus impfen zu lassen, weil dadurch sein Gewissen im Hinblick auf die von ihm angenommene zur Herstellung des Impfstoffs notwendige Tötung von Tieren schwer belastet werde.⁴⁰

In den 80er Jahren wurden insbesondere im Zusammenhang mit der Stationierung neuer Atomraketen mittlerer Reichweite („NATO-Doppelbeschluss“) Fragen zum „Gewissensschutz“ (auch) von Soldaten sehr kontrovers diskutiert; eine Reihe von Bundeswehrsoldaten erklärte, sie würden sich künftig an möglichen Atomwaffeneinsätzen nicht beteiligen. Das BVerwG entschied hierzu in einem Urteil vom 25.11.1987⁴¹, dass in einer Lage, in der „es unabweisbar sei, sich zu entscheiden“, der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG das höhere Gewicht (gegenüber der Pflicht zum militärischen Gehorsam) zukommen könne. Große Beachtung hatte jene Entscheidung, der mehrere bis in die Formulierungen hinein inhaltsgleiche folgten, damals nicht gefunden, weder in der Öffentlichkeit noch im juristischen Fachschrifttum.

Es ist nicht überraschend, dass sich diese Situation änderte, seitdem nach dem Ende des Ost-West-Konflikts die globale Führungsmacht, die zugleich Bündnispartner im Rahmen der NATO ist, in verstärktem Maße Militäraktionen und Kriege führte, die völkerrechtlich zumindest umstritten sind. Dies legte für die anderen Bündnispartner und damit auch für Deutschland und die Bundeswehr die Frage nahe, welche Konsequenzen sich daraus im Hinblick auf politische

und rechtliche Bündnisverpflichtungen einerseits sowie völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Verpflichtungen andererseits ergeben. Damit waren und sind für die betroffenen Soldaten praktische Implikationen von erheblicher Tragweite verbunden.⁴²

Auch wenn die Berufung eines Soldaten auf sein Gewissen gegenüber einem ihm erteilten Befehl historisch betrachtet kein neues Phänomen ist – man denke etwa an den Widerstand deutscher Offiziere gegen das verbrecherische NS-Regime im Zusammenhang mit dem Attentat auf Hitler am 20.07.1944 („Aufstand des Gewissens“) oder an militärische Lagen während des 2. Weltkrieges,

Soldatengewissen nach dem Ost-West-Konflikt

in denen Vorgesetzte nach ihrem Gewissen entgegen gegebenen Befehlen ihrer Vorgesetzten handelten, um Leben zu schonen – bereiten die rechtliche Einordnung und Würdigung solcher Gewissensentscheidungen bis heute sowohl in der juristischen Fachdiskussion als auch in militärischen und politischen Debatten nicht unerhebliche Probleme. Diese resultieren nicht zuletzt daraus, dass die Rechtsordnung des GG dieses Grundrecht des Einzelnen für Konfliktlagen erstmals verbindlich, d.h. innerhalb der Legalität, achtet und schützt.

Die Pflicht zum Gehorsam gehört zu den zentralen Dienstpflichten jedes Soldaten der Bundeswehr. Dabei handelt es sich jedoch – anders als in früheren deutschen Rechtsepochen – um keinen „blinden“ oder „unbedingten“ Gehorsam. Aus dem GG und dem SG ergeben sich vielmehr rechtliche Grenzen der militärischen Gehorsamspflicht, deren Überschreitung den betreffenden Befehl unverbindlich macht. Drei davon sind ausdrücklich in den – gemäß § 22 Abs. 1 Wehrstrafgesetz (WStG) nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Fachschrifttum – nicht abschließenden Regelungen des § 11 Abs. 1 Satz 3 SG (Verstoß gegen die „Menschenwürde“; Erteilung nicht „nur zu dienstlichen Zwecken“) und des § 11

Abs. 2 SG (Herbeiführung einer „Straftat“) explizit normiert; würde durch die Befolgung eines Befehls eine Straftat begangen, wäre der Befehl nicht nur unverbindlich, sondern dürfte auch nicht ausgeführt werden. Darüber hinaus ist ein militärischer Befehl für einen Untergebenen (viertens) auch dann unverbindlich, wenn er widersprüchlich, seine Ausführung objektiv unmöglich oder durch eine grundlegende Veränderung der Lage sinnlos geworden ist, wenn er (fünftens) gegen Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG (Verbot der Vorbereitung, Führung oder Unterstützung eines Angriffskrieges) oder (sechstens) gegen Art. 25 GG („allgemeine Regeln des Völkerrechts“) verstößt. Schließlich braucht ein Soldat der Bundeswehr (siebtens) einen militärischen Befehl, was in der Rechtsprechung und im Fachschrifttum seit langem anerkannt ist, auch dann nicht zu befolgen, wenn ihm dessen Ausführung nach Abwägung aller maßgeblichen Umstände nicht zugemutet werden kann.⁴³

Das BVerwG (2. Wehrdienstsenat) hat in seiner neueren Rechtsprechung⁴⁴ in Anknüpfung an frühere Entscheidungen beider Wehrdienstsenate – entschieden, dass ein militärischer Befehl zwar nicht unverbindlich ist, von einem Untergebenen aber jedenfalls dann als unzumutbar nicht befolgt zu werden braucht, wenn dieser sich insoweit auf den Schutz des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Die begründete Berufung auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit ist für einen Soldaten selbst dann möglich, wenn er zuvor oder gleichzeitig keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG gestellt hat und weiter Soldat bleiben will. Aus dem systematischen Zusammenhang und aus der Entstehungsgeschichte der einschlägigen Regelungen ergibt sich, dass die Schutzwirkungen des Art. 4 Abs. 1 GG nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt werden.

Die verfassungsrechtlich gewährleistete Gewissensfreiheit stellt es freilich nicht in das Belieben des einzelnen Grundrechtsträgers, selbst rechtsverbindlich darüber zu entscheiden, ob er das geltende Recht beachten will oder nicht. Die bloße Aussage eines Soldaten, sein Gewissen verbiete ihm die Ausführung eines be-

stimmten ihm erteilten Befehls, reicht zur Auslösung der Schutzwirkungen des Art. 4 Abs. 1 GG nicht aus. Vielmehr muss er im konkreten Einzelfall hohe rechtliche Hürden zum Nachweis des Vorliegens („Ob“) seiner geltend gemachten Gewissensentscheidung überwinden. Liegen diese nicht vor, geht er im Falle einer Gehorsamsverweigerung hohe disziplinar- und strafrechtliche Risiken ein. Schließlich hat er sich als Zeit- oder Berufssoldat freiwillig für den Dienst in der Bundeswehr und die damit verbundenen Pflichten und Risiken entschieden. Mit dem Eintritt in die Bundeswehr hat er jedoch nicht auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit verzichtet. Ebenso wenig kann ihm pauschal entgegen gehalten werden, er habe sich als Soldat ungeachtet des jeweiligen Kontextes zur Ausführung jedes Befehls bereit erklärt.

Das Vorliegen einer von Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Gewissensentscheidung ist als interner geistig-seelischer Vorgang der betroffenen Persönlichkeit in der äußeren Umwelt nicht unmittelbar wahrnehmbar, sondern kann nur mittelbar aus entsprechenden Indizien und Signalen, die auf eine Gewissensentscheidung und Gewissensnot hinweisen, erschlossen werden. Dabei kommt dem Medium der Sprache eine besondere Bedeutung zu. Für eine positive Feststellung reicht das bloße Berufen auf das Grundrecht nicht aus. Vielmehr ist – gerade auch wegen der damit verbundenen rechtlichen Folgen – der Sache nach eine nach außen tretende, rational mitteilbare und nach dem Kontext intersubjektiv nachvollziehbare Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung erforderlich. Dabei bezieht sich die rationale Nachvollziehbarkeit der Darlegung nicht auf die Frage, ob die geltend gemachte Gewissensentscheidung selbst etwa als „richtig“ und „überzeugend“ oder aber als „irrig“ oder „falsch“ gewertet werden kann, sondern allein auf das „Ob“, also auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins des Gewissensgebotes und seiner Verhaltensursächlichkeit.

Das in Art. 4 Abs. 1 GG ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistete Grundrecht der Gewissensfreiheit wird, wie das BVerwG in seinem Urteil vom 21.6.2005

entschieden hat, insbesondere nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften der Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, 87a und 115a ff. GG unter dem Gesichtspunkt der notwendigen „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verdrängt. Grundsätzlich kommen insoweit nur die Einzelbestimmungen des GG mit ihrem jeweiligen konkreten Normgehalt als taugliche und zulässige Begrenzungen eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts in Betracht („Einheit der Verfassung“), nicht jedoch eine pauschale, vom Normtext abgelöste Zusammenschau diverser GG-Vorschriften, aus denen vom jeweiligen Interpreten ein „Verfassungsprinzip“ konstruiert und dann als Grundrechtsbegrenzungs-„Norm“ instrumentalisiert wird.⁴⁵ Die nach der Rechtsprechung des BVerfG im Grundgesetz erfolgte Gewährleistung der „Funktionsfähigkeit“ der Streitkräfte, die der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG in Frage gestellt hat, darf deshalb grundgesetzkonform nur unter strikter Beachtung insbesondere der in Art. 1 Abs. 3 GG normierten Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte interpretiert werden. Mit anderen Worten: Dem Terminus der „Funktionsfähigkeit“ ist die strikte Bindung der Streitkräfte an die im Grundgesetz normierten Grundrechte immanent. Dementsprechend kann es von Verfassungs wegen – keine im Sinne des Grundgesetzes „funktionsfähigen“ Streitkräfte jenseits dieser strikten Bindung an die Grundrechte geben. Der Terminus der „Funktionsfähigkeit“ der Streitkräfte ist keine Ersatz-Rechtsquelle von der Art eines Zauberstabes, mit dessen Hilfe die in Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich normierte Bindung der Streitkräfte an die im Grundgesetz normierten Grundrechte gelockert oder gar von Fall zu Fall überwunden werden dürfte. Selbst im Verteidigungsfall sei die in Art. 1 Abs. 3 GG normierte strikte Bindung der Streitkräfte als Teil der „vollziehenden Gewalt“ an die Grundrechte, die gem. Art. 1 Abs. 2 GG „unverletzlich“, „unveräußerlich“ und „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ seien, nicht aufgehoben. Das GG sehe für das Grundrecht der Gewissensfreiheit auch keine Bindung an politisch oder militärisch definierte Bedarfslagen der Streitkräfte vor. Angesichts dessen sei es verfassungsrechtlich unzulässig, zunächst von den Streitkräften oder ihrer

jeweiligen politischen Führung definierte Bedarfs-, Effektivitäts- oder Funktionsanforderungen zu ermitteln und heranzuziehen sowie diese dann im Wege einer „Abwägung“ dem Grundrecht der Gewissensfreiheit gegenüberzustellen. Das GG normiere eine Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte, nicht jedoch eine Bindung der Grundrechte an die Entscheidungen und Bedarfslagen der Streitkräfte. Es unterwerfe – anders als frühere deutsche Verfassungsepochen – die Grundrechte nicht nur keinem allgemeinen oder speziellen Vorbehalt hinsichtlich der militärischen Bedürfnisse der Streitkräfte. Vielmehr unterwerfe es umgekehrt die Streitkräfte der Bundeswehr – anders als die Gewissensfreiheit – einem (einfachen) Gesetzesvorbehalt und vor allem der Pflicht zur strikten Beachtung des Art. 4 Abs. 1 GG. Diese verfassungsrechtliche Entscheidung dürfe nicht missachtet oder gar im Wege einer „Abwägung“ in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Gerade auch die in Art. 65a GG verankerte „Befehls- und Kommandogewalt“ des Bundesministers der Verteidigung sowie die von ihm auf militärische Vorgesetzte übertragene Befehlsbefugnis unterlägen einem verfassungsrechtlichen Ausübungsvorbehalt: Sie müssten wegen der für die Exekutive in Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich normierten strikten Bindung an die Grundrechte grundrechtskonform ausgelegt und ausgeübt werden. Schließlich unterlägen die Grundrechte keinem Vorbehalt der politischen Opportunität. Die sich aus der Verfassung ergebende strikte Bindung der Streitkräfte als Teil der „vollziehenden Gewalt“ an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) dürfe deshalb auch nicht im Wege einer die verfassungsnormative Grundrechtsgewährleistung der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) auflösenden „Abwägung“ des Grundrechts gegen die vermeintlichen oder realen Interessen der Streitkräfte oder einer sog. „Funktionsfähigkeit“ gelockert oder eingeschränkt werden, selbst wenn dies politisch oder militärisch im Einzelfall unter Umständen zweckmäßig erscheinen möge. Die allein maßgebliche verfassungsrechtliche Abwägungsentscheidung sei bereits mit der vorbehaltlosen Verankerung des Grundrechts der Gewissensfreiheit für Soldaten

durch den Verfassungsgesetzgeber in Art. 4 Abs. 1 GG erfolgt.

Im Einzelfall sich daraus ergebende *faktische* Konflikte und Unzuträglichkeiten seien nach dem Gebot der „praktischen Konkordanz“ zu lösen bzw. zu vermeiden. Dabei sei nach praktischen Lösungen zu suchen, die kollidierende Schutzgüter möglichst wenig beeinträchtigten, also beide Seiten zu jeweils möglichst optimaler Wirksamkeit kommen ließen. Im Schutz- und Anwendungsbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit müsse angestrebt werden, den aufgetretenen Gewissenskonflikt unter Wahrung konkret feststellbarer berechtigter Belange der Bundeswehr in einer Art und Weise zu mildern und zu lösen, die die im GG vorbehaltlos normierte „Unverletzlichkeit“ der Freiheit des Gewissens nicht in Frage stelle, sondern praktisch gewährleiste. Das erfordere ein konstruktives Mit- und Zusammenwirken beider Seiten. Vom jeweils betroffenen Soldaten könne erwartet werden, dass er seine Gewissensnöte seinen zuständigen Vorgesetzten möglichst umgehend und nicht „zur Unzeit“ darlege sowie auf baldmöglichste faire Klärung der zugrunde liegenden Probleme dränge. Auf der anderen Seite seien seine militärischen Vorgesetzten gehalten, sich der vom Soldaten geltend gemachten Gewissensentscheidung zu stellen. Sie dürften diese weder negieren noch lächerlich machen oder gar unterdrücken. Notwendig sei in einem solchen Konfliktfall eine möglichst vollständige Information des Soldaten über die konflikt-relevanten Tatsachen, vor allem die vom Soldaten befürchteten

tatsächlichen Auswirkungen der befohlenen Dienstleistung sowie über die Konsequenzen einer Nichtausführung des Befehls für die Streitkräfte oder sonstige Schutzgüter. Dazu gehöre ferner insbesondere auch eine möglichst objektive Unterrichtung aller Beteiligten über die maßgebliche Rechtslage. Diese müsse sich – grundrechtskonform – daran orientieren, wie ein ggf. mit der Frage befasstes rechtsstaatliches Gericht die Sache voraussichtlich beurteilen würde. Halte der betroffene Soldat ungeachtet dessen daran fest, dass sein Gewissen ihm die Ausführung des in Rede stehenden Befehls verbiete und sei dies im dargelegten Sinne – hinsichtlich des „Ob“ einer solchen Entscheidung – nachvollziehbar und glaubhaft, müsse ein für beide Seiten schonender Ausgleich unter Wahrung der Gewissensentscheidung angestrebt werden.

IV. Art. 4 Abs. 3 GG: „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden“

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG schützt das Grundrecht des Art. 4 Abs. 3 GG nur diejenigen, die den „Kriegsdienst mit der Waffe“ schlechthin ablehnt, also diesen grundsätzlich in jedem Krieg und für jeden Krieg verweigert. Die sog. situative Kriegsdienstverweigerung, die sich lediglich gegen die Anwendung bestimmter Waffen, gegen die Teilnahme an bestimmten Kriegen, gegen den Einsatz gegen bestimmte Gegner oder unter bestimmten Umständen richte, sei dagegen vom Schutz des Art. 4 Abs. 3 GG nicht gedeckt (seit

BVerfGE 12, 45). Auf die dagegen vielfach erhobene Kritik hat das BVerfG später allerdings allgemein eingeräumt, dass eine Gewissensentscheidung „wesenhaft und immer ‚situationsbezogen‘ ist“ (vgl. u.a. BVerfGE 69, 1 [81 ff]), an seiner Rechtsprechung jedoch im Grundsatz festgehalten.

Der Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 3 GG bezieht sich nach der ständigen Judikatur des BVerfG allein auf den „Bereich der Wehrpflicht“, also die zwangsweise Heranziehung zum „Kriegsdienst mit der Waffe“ oder zum „Friedenswehrdienst“. Die nach Art. 4 Abs. 3 GG (auch) für Soldaten bestehende Möglichkeit, jederzeit einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer stellen zu können, nimmt einem Soldaten nicht die Berechtigung, sich als Soldat daneben auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berufen zu können. Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt, wie sich vor allem aus dem Regelungszusammenhang und seiner Entstehungsgeschichte ergibt, Art. 4 Abs. 1 GG nicht, sondern verstärkt dessen Schutzwirkung für den „Bereich der Wehrpflicht“. ⁴⁶

Der Autor:



Dr. Dieter Deiseroth ist Richter am Bundesverwaltungsgericht und Mitglied der wissenschaftlichen Beiräte der Humanistischen Union, von IALANA und IPPNW.

Anmerkungen

¹ Schriftl. erweiterte Fassung eines Vortrages, den der Verf. am 22.9.2007 in der von der Martin-Niemöller-Stiftung und der Ev. Versöhnungskirche in der Gedenkstätte des ehemaligen Konzentrationslager Dachau veranstalteten Tagung „Gegen den Strom – Gewissensentscheidungen in der NS-Zeit und heute“ gehalten hat.

² Vgl. Urteil vom 20.12.1960 – Az: 1 BvL 21.60 – BVerfGE 12, 45, 54

³ Vgl. dazu u.a. Scholler, Das Gewissen als Gestalt der Freiheit, 1962, S. 46 ff; Dietrich Franke, AÖR 1989, 7; Kittsteiner, Die Entstehung des modernen Gewissens, 1995, S. 226 ff

⁴ Vgl. dazu u.a. Georg Schmidt, Der Westfälische Friede als Grundgesetz des komplexeren Reichs-Staats, in: Bußmann/Schilling, 1648. Krieg und Frieden in Europa, 1998, S. 447 [452]

⁵ Vgl. dazu u.a. E.-W. Böckenförde, VVD-StRL 28 (1970), 33 ff [67]; Bäuml, ebd., 33 [9, 18]; Herzog in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 3; Niklas Luhmann AÖR 1965, 257 [264 ff]

⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.3.2007 Az: 1 BvR 2780/06: „Der Staat darf unabhängig von den Eltern auch eigene Erziehungsziele verfolgen (BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71]), muss dabei aber Neutralität und Toleranz gegenüber den

erzieherischen Vorstellungen der Eltern aufbringen ... Er darf – als Heimstatt aller Staatsbürger (vgl. BVerfGE 108, 282 [299]) – keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben; und er darf sich nicht durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in der Gesellschaft von sich aus gefährden (vgl. BVerfGE 93, 1 [16 f.]; 108, 282 [300]).“

⁷ Vgl. u.a. Dieterich in: Erfurter Kommentar

- zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007, Art. 4 GG Rn. 64 m.w.N.
- ⁸ Auf die rechts- und demokratietheoretischen Implikationen dieses so genannten objektiv-rechtlichen Gehalts der Grundrechte kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu u.a. E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 41 ff; Georg Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 105 ff; Deiseroth, BJ 1998, S. 248 ff
- ⁹ Vgl. Ekkehart Stein, Gewissensfreiheit in der Demokratie, 1971, S. 49 f; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 382 f; Uli F. Rühl, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit im politischen Konflikt, 1987, S. 244f, 246 ff, 416; Franke, a.a.O., 17 m.w.N.; zur Bedeutung moralischer Argumentation und moralischer Diskurse für die Demokratie u.a. Habermas, KJ 1987, 1 ff
- ¹⁰ Zur beschränkten Organisationsfähigkeit etwa von Interessen künftiger Generationen und von „öffentlichen Gütern“ wie saubere Umwelt, Frieden usw. vgl. u.a. Mancor Olson, The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups, 7th Printing, Cambridge/Mass. 1977; Ulrich K. Preuß, Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, 1984, S. 186 ff
- ¹¹ Vgl. dazu u.a. U.K. Preuß, a.a.O., S. 110 ff, 177 ff; Ladeur, KJ 1987, 150 (153 ff); Franke, a.a.O., 18 m.w.N.
- ¹² Vgl. dazu u.a. E. Stein, a.a.O., S. 49 f; Bäuml, a.a.O., S. 6; Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts, 1986, S. 116 ff; Franke, a.a.O., 16 f m.w.N.
- ¹³ Vgl. u.a. E. Stein, a.a.O., 51 ff; Franke, a.a.O., 17
- ¹⁴ Vgl. E.-W. Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), 33 <80>; Eckertz in: Der Staat 26 (1986), 257 <266>
- ¹⁵ Vgl. Habermas, KJ 1987, 15
- ¹⁶ Vgl. Urteil vom 20.12.1960 – Az: 1 BvL 21.60 – BVerfGE 12, 45 <54>
- ¹⁷ Ständige Rechtsprechung des BVerfG und der obersten Bundesgerichte seit BVerfGE 12, 45 <54>
- ¹⁸ Vgl. dazu u.a. Kokott in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 4 Rn. 84 m.w.N.
- ¹⁹ Ehemals nach Art. 19 EMRK
- ²⁰ EKMR Yearbook 10 (1967), 626 ff – Grandrath; vgl. auch Christian Walter in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Art. 9 Rn. 18 ff
- ²¹ Vgl. Chr. Walter, a.a.O., Art. 9 Rn. 17 unter Hinweis auf EKMR DR 72, 245 (249) – Fall Autio; EGMR Rep. 2000-IV, 263, § 43 – Fall Thlimmenos
- ²² Vgl. dazu Colneric (ehem. Richter in am EuGH), Das Gewissen in der europäischen Konfliktkultur, unveröff. Manuskript, Ev. Akademie Bad Boll, 4.– 6.5.2007
- ²³ NJW 1991, S. 768
- ²⁴ U.a. Bayer. VGH, DVBl 1989, 111 und VGH Bad.-Württemberg, NJW 1984, 1832
- ²⁵ Az: BVerwG 6 C 5.96 –, BVerwGE 105, 73; krit. dazu u.a. Cirsovius, NVwZ 2002, 39 ff; vgl. ferner BVerwG, Beschluss vom 17.12.1997 – BVerwG 6 B 86.97 –, DÖV 1998, 424; BVerfG, Beschluss v. 20.3.2000 – 1 BvR 36098 – (ohne Begründung)
- ²⁶ U.a. AG Gelsenkirchen-Buer vom 30.3.1981 – 7 C 758/80, KJ 1981, 312 sowie AG Stuttgart, Urteil v. 20.7.1979 – 7 C 4632/79 –, NJW 1979, S. 2047; vgl. dazu BVerfG, NJW 1980, 759
- ²⁷ Beschluss vom 18.4.1984, BVerfGE 67, 26 <37>
- ²⁸ Vgl. u.a. NJW 2003, 2600
- ²⁹ Az: 1 AZR 200/58 –, BAGE 9, 1
- ³⁰ Az: 2 AZR 436/83, NJW 1986, S. 85 ff = BAGE 47, 363 (375)
- ³¹ Vgl. BAG, Urteil vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88 –, in: BAGE 62, 59 (65 ff): Anwendung der Grundsätze aus dem Urteil vom 20.12.1984
- ³² Vgl. BAG, Urteil vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, BAGE 98, 76 = NZA 2002, 397 ff (399)
- ³³ Az: 7 Rar 93/79 –, NJW 1981, S. 1526
- ³⁴ Ähnlich: BSG, Urteil vom 23.6.1982; BVerfG, Beschluss vom 13.6.1983 – 1 BvR 1239/82 –, NJW 1984, 912
- ³⁵ Az: S 1/Ar 541/83 –, NJW 1984, S. 943 f; BVerfG (Vorprüfungsausschuss) NJW 1984, 912
- ³⁶ Urteil vom 8.9.1978 – BVerwG 2 B 31.78 – BVerwGE 56, 227 (228 f)
- ³⁷ Az: BVerwG 1 D 104.97 – BVerwGE 113, 361 ff
- ³⁸ Gegenstand des vom jeweiligen Beamten bei seinem Vorgesetzten unter konkreter Angabe seiner „Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit“ einzuleitenden beamtenrechtlichen Remonstrationsverfahrens ist die Frage, ob die aufgetragene Ausführungshandlung rechtmäßig ist. Wird die Anordnung dann durch den unmittelbaren Vorgesetzten aufrechterhalten, kann sich der Beamte, wenn seine Rechtmäßigkeitsbedenken fortbestehen, an den nächsthöheren Vorgesetzten wenden (vgl. u.a. § 56 Abs. 2 S. 2 BBG). Bestätigt auch dieser die Anordnung, so muss der Beamte sie ausführen, „sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten strafbar oder ordnungswidrig ist oder ... die Würde des Menschen verletzt“. Die Pflicht des Beamten zur Ausführung einer Weisung/Anordnung besteht mithin auch nach dem Remonstrationsverfahren ausnahmslos nur dann, wenn diese weder zu einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit führt noch das aufgetragene Verhalten die Menschenwürde (seiner eigenen Person oder des Betroffenen) verletzt (nach dem fragwürdigen Gesetzeswortlaut allerdings nur dann, wenn dies dem Beamten erkennbar ist); darüber hinaus entfällt die beamtenrechtliche Pflicht zur Ausführung nach ganz überwiegender Auffassung auch dann, wenn die Ausführung unmöglich ist oder wenn die Weisung „an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.“ Vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 7.11.1994 – 2 BvR 1117/94 u.a. –, ZBR 1995, 71 f; Sebastian Schwarz, Handeln aufgrund eines militärischen Befehls und einer beamtenrechtlichen Weisung, 2007, S. 210 f m.w.N.; zum Remonstrationsrecht vgl. u.a. Dagmar Felix, Das Remonstrationsrecht und seine Bedeutung für den Rechtsschutz des Beamten, 1993, S. 22 ff m.w.N.; Weiß, ZBR 1994, 325; Simianer, ZBR 2004, 149 ff
- ³⁹ BVerfGE 113, 363 f
- ⁴⁰ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.9.1970 – BVerwG 1 WDB 1/70 – in: DokBerichte B 1971 S. 3915: Befehl wegen der Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG unverbindlich; wegen der geringen Infektionswahrscheinlichkeit kann der Bundeswehr im Wege einer Abwägung zugemutet werden, dem „Freiheitsrecht des Soldaten gegenüber der Pflicht zur körperlichen Einsatzfähigkeit Raum“ zu lassen.
- ⁴¹ Az: BVerwG 2 WD 16/87 – BVerwGE 83, 358, 360 f
- ⁴² Dies betrifft nicht zuletzt auch Fragen der Zumutbarkeit des militärischen Gehorsams im Einzelfall. Der Kommandeur des Kommandos Spezialkräfte, Brigadegeneral Christoph Ammon, berichtete vor kurzem in einem Vortrag im Zentrum für Innere Führung darüber, wie in Afghanistan „offensichtlich nur unzureichend vorbereitete und ausgebildete kanadische Soldaten den Versuch unternahmen, ein von Taliban besetztes Dorf einzunehmen. Unter schweren Verlusten scheiterte das Unternehmen kläglich“; dies führte in der Tagung zu leidenschaftlichen Debatten über die Frage, „wann denn nun der Soldat einer demokratischen Armee Ungehorsam zeigen dürfe – oder nicht sogar müsse“, in: Die Bundeswehr (Magazin des Deutschen Bundeswehrverbandes), November 2007, S. 4. Vgl. auch die Debatten um die Verbindlichkeit eines von Bundesminister Jung erwogenen Befehls zum Abschluss eines von „Terroristen“ gekaperten Zivilluftfahrzeuges durch Bundeswehrkampfflugzeuge, vgl. Hans Rühle FAZ v. 10.1.2007 („Und keiner schießt“) und SZ v. 28.3.2007 („Angst vor der Massenverweigerung“)
- ⁴³ Vgl. dazu die Einzelnachweise u.a. bei Sebastian Schwarz, a.a.O., 142
- ⁴⁴ Urt. vom 21.6.2005 – BVerwG 2 WD 12.04 –, BVerwGE 127, 302 ff = EuGRZ 2005, 636 = NJW 2006, 77
- ⁴⁵ Insofern zu Recht u.a. auch Sachs, JuS 2006, 167 (170); Droegge/Fischer-Lescano, NVwZ-RR 2006, 171 (173); Geiß, AVR 2006, 217 (230 f)
- ⁴⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.6.2005 – 2 WD 12.04 –, BVerwGE 127, 320 (339 f) = EuGRZ 2005, 636 (652 ff) m.w.N.; insoweit zustimmend u.a. Battis, DVBl 1462 f; Dau, NZWehr 2005, 254 (256); Droegge/Fischer-Lescano, NVwZ 2006, 171 (172 f); Geiß, AVR 217(222 ff); Sebastian Schwarz, a.a.O., 136; kritisch u.a. Sohm, NZWehr 2006, 1