

**Veröffentlichungen**  
**der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
===== **Heft 28** =====

**Richard Bäumlín und Ernst-Wolfgang Böckenförde**  
**Das Grundrecht der Gewissensfreiheit**

---

**Wilhelm Henke und Wolfgang Rűfner**  
**Die Rechtsformen der sozialen Sicherung**  
**und das Allgemeine Verwaltungsrecht**

**Berichte und Diskussionen**  
**auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
**in Bern am 2. und 3. Oktober 1969**



**Berlin 1970**

**Walter de Gruyter & Co.**

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlags-  
buchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

**Archiv-Nr. 2489701**

**Satz und Druck: Thormann & Goetsch, Berlin**

**Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Herstellung  
von Fotokopien und Mikrofilmen, vorbehalten**

# Inhalt

	Seite
Jahrestagung 1969 .....	1
<b>Erster Beratungsgegenstand:</b>	
<b>Das Grundrecht der Gewissensfreiheit</b>	
1. Bericht von Professor Dr. Richard <i>Bäumlin</i> .....	3
Leitsätze des Berichterstatters .....	28
2. Mitbericht von Professor Dr. Ernst-Wolfgang <i>Böckenförde</i> ..	33
Leitsätze des Mitberichterstatters .....	82
3. Aussprache und Schlußworte .....	89
<b>Zweiter Beratungsgegenstand:</b>	
<b>Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht</b>	
1. Bericht von Professor Dr. Wilhelm <i>Henke</i> .....	149
Leitsätze des Berichterstatters .....	183
2. Mitbericht von Professor Dr. Wolfgang <i>Rüfner</i> .....	187
Leitsätze des Mitberichterstatters .....	219
3. Aussprache und Schlußworte .....	225
Verzeichnis der Redner .....	276
<b>Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer .....</b>	
<b>Satzung der Vereinigung .....</b>	
<b>278</b>	
<b>290</b>	



## Jahrestagung 1969

In den Tagen vom 1.—4. Oktober 1969 fand zum ersten Male eine Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Schweiz, und zwar in der eidgenössischen Bundeshauptstadt Bern statt. Der Vorsitzende, Herr Friesenhahn, konnte bei dieser Tagung nicht nur eine ungewöhnlich große Anzahl von Mitgliedern, sondern auch eine Anzahl von weiteren Schweizer Kollegen als Gäste begrüßen; auch waren außer den Vertretern der deutschen Fachzeitschriften, die als ständige Gäste an den Tagungen der Vereinigung teilnehmen, Vertreter von Schweizer Fachzeitschriften erschienen. Der Vorsitzende sprach den Berner Kollegen und ihren Damen, an der Spitze Herrn Professor Hans Huber und seiner Gattin, den herzlichen Dank der Teilnehmer und ihrer Damen für die überaus sorgfältige Vorbereitung der Tagung aus, die einen reibungslosen Verlauf nahm und in angenehmster Atmosphäre stattfand.

Bei einem Empfang in der Rathaushalle wurden die Teilnehmer von dem Regierungspräsidenten des Kantons Bern begrüßt. Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern gab den Teilnehmern und ihren Damen einen glanzvollen Empfang im Hotel Bellevue-Palace. Bei diesen Gelegenheiten konnte der Vorsitzende den Dank der Vereinigung für die gastfreundliche Aufnahme durch die Schweizer Behörden und die Berner Fakultät zum Ausdruck bringen.

In der Mitgliederversammlung wurde der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder Hermann Mirbt, Max Imboden, Friedrich Warncke und Heinrich Herrfahrt gedacht und dabei besonders hervorgehoben, daß Max Imboden zusammen mit Hans Huber als erste Schweizer Staatsrechtslehrer im Jahre 1958 der Vereinigung als Mitglieder beigetreten sind und Max Imboden sich in besonderer Weise bemüht hatte, die Vereinigung zu einer Jahrestagung in die Schweiz einzuladen. Die seit der letzten Jahrestagung neu aufgenommenen 18 Mitglieder konnten bis auf einen, der durch Krankheit verhindert war, der Versammlung vorgestellt werden.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden am 2. und 3. Oktober im Großen Hörsaal des Instituts für exakte Wissenschaften der Universität Bern gehalten. An sie schlossen sich jeweils die Aussprachen an.



Erster Beratungsgegenstand:

## Das Grundrecht der Gewissensfreiheit

1. Bericht von Professor Dr. Richard *Bäumlin*, Bern

### 1. Einleitung

„Gewissensfreiheit“ betrifft den Kernbereich der geistig-sittlichen Person. Dem wird jedermann beipflichten. Allein, Einigkeit in allzu allgemeinen Aussagen ist selten verlässlich. Der an den Anfang gestellte Satz enthält unbekannte Größen gerade in den Begriffen der „Freiheit“ und des „Gewissens“.

Soviel kann zu Beginn gesagt werden, daß Gewissen*phänomene* einen Konflikt von Maßstäben anzeigen, eine Spannung zwischen den Richtigkeitsvorstellungen des einzelnen und denjenigen, die im Namen des sozialen Ganzen vertreten und in Recht und Politik geltend gemacht werden. Im Gewissen*phänomen* kommt eine Verunsicherung des einzelnen in seinem Verhältnis zu Staat und Gesellschaft zum Ausdruck. Individuum und soziales Ganzes sind nicht in Deckungsgleichheit, sondern wechselseitig in Frage gestellt.

Mit dieser Umschreibung des Gewissen*phänomens* ist gewiß keine Definition des Gewissen*begriffs* vermittelt. Doch wäre es zum Vorherin unzulässig, mit einer Gewissen*definition* zu beginnen, aus welcher nachträglich bestimmte verfassungsrechtliche Ergebnisse abgeleitet würden. Denn den *einen* vorjuristischen Gewissen*begriff* gibt es nicht. Ist dem einen das Gewissen die „Stimme Gottes in uns“ oder die „Stimme des besseren Ich“, erörtert die Psychoanalyse die Gewissen*phänomene* unter dem Titel des „Über-Ich“, während bestimmten soziologischen Richtungen das Ich als Produkt der Umstände erscheint. Diese Übersicht soll nicht weiter ergänzt werden. Es genüge die Feststellung, auch der Jurist habe die von einem Theologen getroffene Feststellung zu beachten: „Sage mir, wie du das menschliche Gewissen definierst, und ich sage dir, von welcher theologischen oder philosophischen Anthropologie du herkommst“<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Ch. Maurer, Glaubensverbindung und Gewissensfreiheit im N. T., Theol. Zeitschr. Jg. 17, 1961, S. 109; zur Begriffsgeschichte Johannes Stelzenberger, Syneidesis, conscientia, Gewissen, Abh. z. Moraltheologie, V, Paderborn 1963.

Ist aber, wenn nicht ein philosophischer, theologischer oder psychologischer, so doch ein *juristischer* Gewissensbegriff vorweg zu klären? Gewiß geht es bei der Vokabel „Gewissen“ wie bei anderen, dem außerrechtlichen Sprachgebrauch entliehenen Wörtern darum, eine spezifisch juristische Bedeutung zu umgrenzen. Doch kann gerade auch der rechtswissenschaftliche Gehalt des Gewissensbegriffs nicht *vor* der Erörterung der konkreten mit dem Gewissensphänomen zusammenhängenden Fragen bestimmt werden. Der juristische Gehalt des Begriffs wird *Ergebnis* der anzustellenden Überlegungen sein und kann nicht — diesen zum voraus — irgendwoher deduziert werden. Dies doch zu versuchen hieße, juristischen Begriffsrealismus zu betreiben.

Dagegen ist noch eine Unterscheidung einzuführen, auf die im folgenden verschiedentlich zurückgegriffen werden soll. Es sind auseinanderzuhalten 1. „*die Sache Gewissensfreiheit*“ als Freiheit der geistig-sittlichen Person und 2. das „*Grundrecht der Gewissensfreiheit*“ im Sinne eines verfassungsmäßigen Rechts einer bestimmten Rechtsordnung. „Die Sache Gewissensfreiheit“ ist über verschiedene Grundrechte gewährleistet, wobei die Schutzfunktion, die speziell dem „Grundrecht der Gewissensfreiheit“ verbleibt, von Verfassung zu Verfassung verschieden ist.

## 2. „Gewissensfreiheit“ als Äußerung einer staats- und rechtstheoretischen Gesamtkonzeption.

Jede Theorie der Freiheitsrechte im allgemeinen und der Gewissensfreiheit im besonderen ist mit bestimmten staatsrechtlichen Voraussetzungen verknüpft, handle es sich bei diesen nun um unkritisch eingesetzte Vorverständnisse oder um bewußtgemachte und geklärte Positionen. Im folgenden soll dies an drei — im Sinne von Typen — verstandenen Modellen näher erläutert werden.

### 2.1 Absolutistisches Staatsmodell — Privatisierte Freiheit

Freiheit ist oft als Begrenzung der Macht eines der bürgerlichen Freiheit logisch-systematisch *vorgegebenen* „*Staatswesens*“ verstanden worden. Der Staat erscheint dabei als mythisch, zweckrational oder wie immer sonst begründete, der „*Gesellschaft*“ selbständig gegenüberstehende oberste Macht, die Gewissensfreiheit aber als der im Interesse des Individuums ausgesparte, jedoch unpolitische Raum des geistig-sittlichen Individuums.

Diese Sicht wird etwa durch *Thomas Hobbes* repräsentiert. Man hat diesen in neuerer Zeit zwar als liberalen Denker zu deuten versucht. Nicht preiszugeben ist die Hobbes'sche Be-

schränkung des Staates auf eine säkulare *salus publica*. Doch ist die Grenze eines liberalen Denkens im Sinne Hobbes deutlich. Die bürgerliche Freiheit ist unpolitisch, d. h. für den Prozeß des staatlich-politischen Lebens nicht konstitutiv. Im Unterwerfungsvertrag entäußern sich die Bürger ihrer politischen Existenz; sie „übertragen“ diese auf den „Großen Leviathan“. Es gilt fortan eine typische doppelte Anthropologie: einerseits für die Überperson Staat und die Inhaber der Staatsgewalt, andererseits für die Untertanen. Jene gebieten als die Zuständigen über Recht und Politik. Diesen wird in bezug auf den Bereich des staatlichen Lebens die Mahnung zuteil: „Von dem Baume der Erkenntnis des Guten und Bösen sollst du nicht essen“<sup>2)</sup>. Zwar heißt es: „Jede Handlung gegen das Gewissen ist eine Sünde“. Doch wird hinzugefügt: „Wenn ich auf Befehl etwas tue, was für den Befehlenden eine Sünde ist, so begehe ich, wenn ich es tue, keine Sünde, sofern der Gebieter mein Herr von Rechts wegen ist“<sup>3)</sup>. Das individuelle Gewissen wird also zunächst maximal anerkannt. Zugleich wird ihm aber gesagt, seinen Entscheidungen könne politische Relevanz nicht zukommen. Denn „von den Lehren, welche zum Aufruhr reizen, ist die erste, daß das Urteil über das Gute und Schlechte jedem einzelnen zustehe“<sup>4)</sup>. Der Konflikt zwischen individuellem und sozialen, d. h. durch den Staat repräsentierten, Gewissen wird in der Weise prinzipiell zu lösen gesucht, daß das individuelle Gewissen als unmaßgeblich gilt. Individuelles Gewissen und „Staatsräson“ als „soziales Gewissen“ sind grundsätzlich getrennt, damit aber beide — wenigstens virtuell — hypostasiert, zu absolut gesetzten Größen dämonisiert.

Eine vergleichbare Konzeption findet sich etwa in der staatskirchenrechtlichen Theorie des rationalen Territorialismus, z. B. eines *Pufendorf* oder *Thomasius*. Hier ist der Staat auf den Dienst an einer säkular verstandenen *salus publica* oder *beatitudo civilis externa* beschränkt und kann darum individuelle Glaubensfreiheit gewähren, die gerade auch im säkularen öffentlichen Interesse liegt. Zugleich wird aber die Herrschaft des Staates über die Kirche als rechtliche Institution mit Schärfe betont und die Freiheit verflüchtigt sich ins Private und Spirituelle<sup>5)</sup>.

Die skizzierte Konzeption der Staatstheorie als Theorie des überragenden „Staatswesens“, verbunden mit einem unpoli-

<sup>2)</sup> Lehre vom Menschen und vom Bürger, Ausg. Meiner 1918, S. 200.

<sup>3)</sup> AaO. S. 215, vgl. auch *Leviathan*, Philosophie der Neuzeit, Bd. 6, 1965, S. 250.

<sup>4)</sup> Lehre vom Menschen und vom Bürger, aaO.

<sup>5)</sup> Vgl. dazu etwa *Klaus Schlaich*, Der rationale Territorialismus, ZRG 85, kan. Abt. 54, 1968, S. 269 ff.

tischen Verständnis der Freiheit, setzt ihre Tradition bis in die Gegenwart fort. In ihren Bannkreis gehört zumal das Staatsmodell des juristischen Positivismus, weiter etwa die Entgegensetzung von „Gesinnungsethik“ und „Erfolgsethik“ im Sinne *Max Webers*<sup>6)</sup>. Und die erwähnte Entgegensetzung der je dämonisierten Mächte des Individuellen und des Sozialen findet sich selbst bei *Hermann Heller*, der das sittliche, auf Heldentum verwiesene Rechtsbewußtsein des einzelnen und die der Dämonie der Macht verhaftete staatliche Rechtsverwirklichung in einem tragischen Konflikt sah<sup>7)</sup>. Doch ist dem nicht mehr weiter nachzugehen. Vermerkt sei bloß noch, daß — etwa im Gefolge der Romantik und der nationalistischen Ideologien — die Hobbes'sche Beschränkung des Staatszweckes teils wieder aufgegeben worden ist, womit die bisher erwähnte Traditionslinie in die Nähe der sogleich zu erörternden Identitätsideologie rücken konnte.

## 2.2 Identitäre Gesellschaft (oder „Gemeinschaft“) — Gewissensfreiheit als Teilhabe am richtigen „sozialen“ Gewissen.

Der Mythos der identitären Gesellschaft oder Gemeinschaft sucht den Konflikt zwischen Person und sozialem Ganzen durch Identifikation der richtig verstandenen Individualperson mit der Sozialperson des Menschen total zu lösen. Individuelles und soziales Gewissen sind identifiziert. Nach der nationalsozialistischen Theorie der Grundrechte besteht die Freiheit „darin, daß der Einzelne sich seiner Bindungen an die völkische Gemeinschaft voll bewußt ist und aus dieser Geisteshaltung am Aufbau und der Gestaltung der Gemeinschaft teilnimmt“<sup>8)</sup>. Und ganz ähnlich wird in der „sozialistischen“ Gesellschaft nach „Überwindung aller Klassengegensätze“ die Freiheit zur „Einbeziehung jedes einzelnen in die sozialistische Gesellschafts- und Staatsordnung . . .“<sup>9)</sup>. Speziell in bezug auf die Gewissensfreiheit heißt es dann, es gehe bei ihr um die „volle Freiheit zur Aufklärung des Volkes, um den Bürgern zu helfen, richtige, wissenschaftlich fundierte Anschauungen über alle Gesetze und Erscheinungen in Natur und Gesellschaft zu erhalten“<sup>10)</sup>. In der Identifikation mit dem sozialen Ganzen soll also das individuelle Gewissen zu sich selber kommen.

<sup>6)</sup> Politik als Beruf, 3. Aufl. 1958, S. 57 ff.

<sup>7)</sup> Staatslehre, S. 227; vgl. dazu *Wolfgang Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968, S. 203 f.

<sup>8)</sup> *O. Koellreutter*, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1938, S. 90.

<sup>9)</sup> *W. Büchner-Uhder*, Sozialistische Menschenrechte in der DDR, 1968, S. 9.

<sup>10)</sup> *F. Noack*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Bürger der DDR, 1954, S. 70; zit. bei *H. Scholler*, Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958, S. 106 f. Vgl. auch *A. F. Schischkin*, Grundlagen der marxistischen Ethik, Berlin 1964, S. 425 ff.

Eine breitere Übersicht über die verschiedenen Zweige der Identitätsideologie kann hier nicht angestrebt werden. Vor dem Marxismus hat sie in französischen Varianten einer Ideologie der Demokratie und der Nation Gestalt gefunden. Offensichtlich ist sie heute in der Ideologie der „Neuen Linken“ lebendig, nur daß hier anstelle des Gewissensbegriffs meist die Vokabel des „Bewußtseins“ steht. Der einzelne wird insoweit zum „mündigen“ Menschen, als es ihm gelingt, sich auf die Stufe des rationalen vorurteilslosen, nichtkorrumpierten Bewußtseins zu erheben, welches — gleich wie das sozialistische Gewissen im Marxismus — durch eine Avantgarde der Wissenden repräsentiert wird. Daß Theorien der erhabenen Staatlichkeit und linksradikale Ideologien einander immer wieder wechselseitig rufen, sei nur nebenbei vermerkt.

### 2.3 Rechtsstaatliches Gemeinwesen und Gewissensfreiheit

Eine Staats- und Rechtstheorie des „rechtsstaatlichen Gemeinwesens“ begreift den Staat als Funktion der Gesellschaft und nicht als ein verselbständigt in sich ruhendes Gegenüber zu dieser<sup>11)</sup>. Sie geht also — um Begriffe der anglo-amerikanischen Tradition zu übernehmen — von der *civil society* aus, wobei sich die *political society* von dieser bloß insoweit unterscheiden läßt, als man sagen kann, die *political society* meine die *civil society* im Hinblick auf eine bestimmte Funktion, nämlich die Verwirklichung der Regeln und Gemeinschaftsaufgaben, die für den geordneten Zustand der Gesellschaft als unerläßlich gelten.

Der Unterschied gegenüber der Hobbes'schen Sicht ergibt sich aus der Grundthese, daß was alle angeht, nur alle lösen können. Dagegen steht gerade auch die hier gemeinte Traditionslinie der Staats- und Rechtslehre hinsichtlich der Aufgabe auf dem gleichen Boden wie *Hobbes*. Der Staat ist auf eine säkulare Aufgabe beschränkt. Um mit *Locke* zu reden: die bürgerlichen Interessen und nicht das Seelenheil sind Gegenstand des Staates. Ein Entscheid über spekulative weltanschauliche Fragen steht dem Magistrat nicht zu<sup>12)</sup>.

Das rechtsstaatliche Gemeinwesen ist der Ort, wo *hic et nunc* praktikable, optimal begründbare Regelungen aufgestellt und

<sup>11)</sup> Vgl. *Horst Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festg. f. R. Smend 1962, S. 23 ff.; *Richard Bäuml*, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, Zeitschr. des bernischen Juristenvereins, Bd. 101 (1965) S. 81 ff.; *derselbe*, Artikel „Rechtsstaat“, in: Evangelisches Staatslexikon, 1966, bes. Sp. 1737 ff.

<sup>12)</sup> *John Locke*, Ein Brief über Toleranz, Englisch-deutsch, 1957, Schriftenreihe, herausgeg. v. Institut internat. de Philosophie, I, S. 13, 81.

durchgesetzt werden, nicht aber der Ort, wo über „Wahrheit“ und „Gerechtigkeit“ absolut und definitiv zu entscheiden wäre. In der Auseinandersetzung mit den verschiedenen totalitären Herausforderungen hat die demokratisch-rechtsstaatliche Staatslehre gerade heute Anlaß, das Wahrheitsmoment auch der utilitaristischen Theorie — etwa eines *J. S. Mill* — aufzunehmen, statt diese immer wieder von idealistischen Voraussetzungen her schlecht zu machen, ist doch *utilitas* nichts anderes als die säkulare, geschichtliche Gerechtigkeit.

Welches ist nun die *Funktion der Grundrechte* im allgemeinen und der Gewissensfreiheit im besonderen? Freiheitsrechte sind zu verstehen als Grenze der Gemeinschaftsaufgaben. Es wird Distanz genommen von allen Modellen einer geschlossenen Gesellschaft. Die speziell auf die Freiheit der geistig-sittlichen Person bezogenen Grundrechte begrenzen die staatlichen Aufgaben auf die *utilitas* im erwähnten Sinne. Gleichzeitig gewährleisten die Grundrechte Vorbedingungen personaler Existenz, nicht nur im privaten Winkel, sondern auch im staatlich-politischen Bereich. So sind sie für die verfassungsrechtliche Struktur mitbestimmend. Der Staat, der wesentlich von der Freiheit her konstituiert ist, verzichtet auf den Versuch, seine letzten Grundlagen perfektionistisch zu sichern, und ist in diesem Sinne eine offene politische Gesellschaft.

Diese Doppelfunktion der Grundrechte, ihr negativer und positiver Aspekt, zeigt sich auch bei der Gewissensfreiheit. Sie begrenzt die staatlichen Gemeinschaftsaufgaben. Zugleich lebt die Demokratie wesentlich vom kritischen Bewußtsein ihrer Bürger, und ohne solche Freiheit kann es die spezifisch rechtsstaatlich-demokratische Legitimation des Gemeinwesens überhaupt nicht geben.

Zum Verständnis des Gewissens selber ergibt sich folgendes: weder ein subjektives, noch ein — wie immer näher verstandenes „gesellschaftliches“ Gewissen darf absolut gesetzt werden. Auf den Anspruch, die Spannung zwischen Individuum und sozialem Ganzen *prinzipiell* zu lösen, ist grundsätzlich zu verzichten. Es bleibt bei einer Dialektik von Zuwendung und Distanz des einzelnen zum Staat.

Das relativ, geschichtlich Richtige, das der *utilitas* entsprechende bedarf der *Verständigung*. Darum ist alles rechtliche Handeln begründungsbedürftig. Das veranlaßt, wo immer sozial belangvolles Handeln in Frage steht, Skepsis gegenüber jeder Gewissensposition, die sich hinter dem angeblichen Selbstwert ihrer Subjektivität verschanzt.

Gerade auch die Rechtslehre hat Anlaß, davon Kenntnis zu nehmen, wie illusionär die subjektivistische Vorstellung des Ge-

wissens wird, wenn man die Ergebnisse der empirischen Wissenschaften der Psychologie und der Soziologie in Rechnung stellt. Dem rechtsstaatlichen Gemeinwesen ist ein Gewissen zugeordnet, welches sich der ohnehin gegebenen zwischenmenschlichen Bedingtheit eines jeden Gewissensphänomens stellt und bereit ist, sich in zwischenmenschlichen Beziehungen und mit Rücksicht auf diese zu verantworten. Damit wird „Gewissen“ von autistischer Verschlossenheit distanziert und wiederum als *con-scientia* verstanden. Offenheit und Kommunikation sind dem Gewissen wesentlich. Gerade auf die Gewissensfreiheit trifft der Ausspruch eines amerikanischen Richters zu, der Geist der Freiheit sei der Geist, der nicht allzu sicher sei, recht zu haben.

Zur notwendigen Entmythisierung des individuellen Gewissens gehört aber auch die Preisgabe einer üblichen antithetischen Gegenüberstellung der Gewissensfragen im Sinne von exceptionellen Fragen, in denen sich — heideggerisch formuliert — die „Eigentlichkeit“ Bahn bricht, auf der einen Seite, und den sogenannten bloßen Zweckmäßigkeit- oder Alltagsfragen, dem Bereich des „Man“ auf der anderen Seite. Ort des Gewissens ist gerade auch die „schlichte Seinsweise des Menschen in der Alltäglichkeit“<sup>13)</sup>. Gewissen meint die individuelle, der Person Kontinuität verschaffende Funktion der kritischen Vergewisserung und Verantwortung der Existenz in deren „großen“ und „kleinen“ Äußerungen<sup>14)</sup>.

Wenn das rationale und als zwischenmenschliches Phänomen aufgefaßte Gewissen als Voraussetzung des funktionsfähigen Gemeinwesens verstanden wird, so heißt das nicht, daß nicht auch dem „Ganz anderen“ Toleranz entgegengebracht werden könne — gerade unter dem Rechtstitel der Gewissensfreiheit, freilich unter Vorbehalt von Grenzen solcher Toleranz. Allein, die Begründung ist wichtig. Diese Toleranz kann keinesfalls die Rechtfertigung der subjektiven Position bedeuten. Sie ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine Anerkennung von Grenzen der rationalen und kommunikationsfähigen Gewissensbildung. Die Teilhabe an der bürgerlichen *con-scientia* ist ihrem ganzen Wesen nach nicht erzwingbar, und das Gemeinwesen selbst kann der optimalen Vernünftigkeit seiner Ordnungen

---

<sup>13)</sup> So in bezug auf die Freiheit: *Wilhelm Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, Bern 1965, S. 64.

<sup>14)</sup> Zum Gewissen als *Funktion* insbes. auch *N. Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965) S. 257 ff., bes. S. 285 f.; weiter die Darlegungen über die „Gewissensfreiheit als Ermöglichung konsistenter moralischer Selbstdarstellung“ bei *A. Podlech*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, Schr. z. öff. R. Bd. 92, 1969, S. 31 ff.

nie definitiv gewiß sein. Der Satz, der Geist der Freiheit sei der Geist, der nicht allzu sicher sei, recht zu haben, gilt auch für Staat und Gesellschaft als ganzes.

### 3. Typen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Gewissensfreiheit

Unbestreitbar kam der Gewissensfreiheit bei der Entstehung der Menschenrechte eine zentrale Bedeutung zu. Die Frage, wie weit ihr oder einem umfassenderen Recht der Religionsfreiheit historisch ein ausschließlicher Primat zukomme<sup>15)</sup>, kann hier offen gelassen werden. Die geistesgeschichtlichen und politischen Strömungen, die zur Anerkennung des Grundrechts führten, sind bekannt. *Reinhold Zippelius* hat sie in die Aspekte der Toleranz, der Selbstbestimmung, der Idee unantastbarer Menschenrechte und des Abbaus des Staatskirchentums zusammengefaßt<sup>16)</sup>.

Im Folgenden soll bloß eine Teilfrage der Geschichte der Gewissensfreiheit mit kurzen Hinweisen erörtert werden: Das Grundrecht ist Gemeingut der modernen rechtsstaatlichen Demokratien. Doch ist es in den verschiedenen Verfassungen unterschiedlich formuliert. Die Unterschiede gehen teils auf verschiedene konzipierte Verständnisse des Grundrechts zurück, teils erklären sie sich auch aus unterschiedlichen Auffassungen über die zu befolgende verfassungstechnische Regelung.

#### 3.1 England und USA

Kennzeichnend für die verfassungsrechtliche Tradition im anglo-amerikanischen Bereich ist, daß die „Sache Gewissensfreiheit“ jeweils in allgemeinen Formulierungen gewährleistet ist, die verschiedene Äußerungen der Freiheit der geistig-sittlichen Person umfassen. Wenn das *Agreement of the People* von 1647 (Ziff. IV, 1) erklärte, „the ways of God's worship“ seien jenseits aller menschlicher Gewalt, so sollten damit gleichzeitig die Beschränkung des Gemeinwesens auf säkulare Aufgaben, die Freiheit der religiösen Überzeugung, die Bekenntnisfreiheit und die Freiheit, religiöse Vereinigungen zu bilden, gewährleistet werden. „*To worship God*“ mußte gerade nach calvinistischer Auffassung neben dem Denken und Empfinden auch das tätige Leben als Gegenstand der Glaubensbewährung bedeuten. Eine „Gewissensfreiheit“ als Spezialgrundrecht ist nicht herausdifferenziert.

<sup>15)</sup> Vgl. den Sammelband „Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte“, herausgeg. von R. *Schnur*, Darmstadt 1964, ferner die Literaturübersicht bei R. *Zippelius*, Bonner Komm. Rdnr. 10 z. Art. 4.

<sup>16)</sup> aaO.

Der Begriff des Gewissens wird zwar verwendet, jedoch nicht zur Bezeichnung eines Grundrechtsbereichs. Vielmehr wird die Freiheit des Gewissens als Motiv für die Gewährleistung des umfassenden Rechts „to worship God“ angeführt: „. . . we cannot remit or exceed a tittle of what our consciences dictate to be the mind of God without wilful sin“<sup>17</sup>).

Das 1. Amendment der Unionsverfassung gewährleistet in knapper Formulierung u. a. *free exercise (of religion), freedom of speech, or of the press*. Von *freedom of conscience* ist nicht die Rede; doch ist sie unzweifelhaft als in den von der Verfassung punktuell und ausdrücklich genannten Verbürgungen inbegriffen anzusehen. Insbesondere wäre „*free exercise of religion*“ mit Kultusfreiheit zu eng übersetzt. Erfasst ist grundsätzlich auch die nicht gottesdienstliche Handlung, die Freiheit, seiner Überzeugung gemäß zu leben, womit sich dann freilich die Frage nach den Schranken des so verstandenen Grundrechts stellt<sup>18</sup>).

Zusammenfassend ist festzustellen: Die „Sache Gewissensfreiheit“ ist Grundmotiv umfassender Verbürgungen, wie „*free exercise of religion*“. Ein spezielles Grundrecht der Gewissensfreiheit ist nicht herauskristallisiert. Die praktische Frage nach der Freiheit, gemäß seiner Überzeugung, insbesondere einer religiösen, zu handeln, ist als Frage des „*free exercise*“ zu prüfen. Es fehlt jeder Verfassungssystematik, sowohl in bezug auf die Systematisierung klar differenzierter Einzelrechte wie auch in bezug auf die Bestimmung der Grundrechtsschranken.

### 3.2 Schweiz

Die Bundesverfassung von 1848 — die erste Verfassung des schweizerischen Bundesstaates — gewährleistete in Art. 44 die „freie Ausübung der anerkannten christlichen Konfessionen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“. Diese Vorschrift stand geschichtlich in Kontinuität zu der in der Alten Eidgenossenschaft entwickelten konfessionellen Parität<sup>19</sup>). Individual-

---

<sup>17</sup>) Mit gleicher Reichweite gewährleistete die *Virginische* Rechteerklärung vom 12. Juni 1776 „*free exercise of religion*“ (Art. 16), wiederum in Zusammenhang mit der Beschränkung des Staates auf säkulare Aufgaben (Art. 3). Und auch hier erscheint der Begriff „*conscience*“ in der *Begründung* des umfassenden Rechts auf „*free exercise of religion*“ (Art. 16).

<sup>18</sup>) Zur in den USA von Doktrin und Praxis (ohne einen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Vorbehalt) entwickelten Schranken-theorie vgl. nun *Harald K. Voss*, Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung, Schriften z. öff. Recht 93, 1969.

<sup>19</sup>) *Fritz Fleiner*, Die Entwicklung der Parität in der Schweiz, Zeitschr. f. Schweiz. Recht n. F. 20, S. 97 ff.

rechtlicher Charakter kam ihr nur in sehr geringem Maße zu.

Erst die total revidierte Bundesverfassung von 1874 sollte das Individualrecht folgerichtig verwirklichen. Art. 49 Abs. 1 BV erklärt die Glaubens- und Gewissensfreiheit als unverletzlich. Auch dieser Bestimmung kommt ein institutionell-staatskirchenrechtlicher Gehalt zu, insoweit als durch sie bisherige staatskirchliche Gestaltungen ausgeschlossen wurden<sup>20)</sup>.

Insbesondere gewährleistet Art. 49 Abs. 1 BV aber ein Individualrecht, nämlich die integrale Glaubens- und Gewissensfreiheit für jede Religion und Weltanschauung, auch diejenige des Atheisten<sup>21)</sup>.

Das Grundrecht schützt zunächst die innere Geistesfreiheit. Lehre und Praxis haben indessen seit jeher angenommen, daß die Glaubens- und Gewissensfreiheit auch die religiöse und weltanschauliche Meinungsäußerungsfreiheit, die Bekenntnisfreiheit und damit zugleich die Freiheit religiöser Kritik gewährleistet<sup>22)</sup>. Obschon Art. 50 BV eine besondere Garantie der Kultusfreiheit enthält, wird jedenfalls die Freiheit des privaten Kultus auch schon aus Art. 49 BV abgeleitet. Schließlich haben Lehre und Praxis nie in Zweifel gezogen, daß in der Gewährleistung auch die *Betätigung* der Glaubens- und Gewissensfreiheit eingeschlossen ist, unter Vorbehalt der Schranken, auf die alsbald hinzuweisen sein wird. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit meint die Freiheit der geistig-sittlichen Person im religiösen und weltanschaulichen Bereich. Zusammen mit der Pressefreiheit und der Vereinsfreiheit ist sie indessen ein Anknüpfungspunkt zur Begründung der allgemeinen Meinungsäußerungsfreiheit als ungeschriebenes, von der Verfassung vorausgesetztes Grundrecht.

„Glaubens- und Gewissensfreiheit“ ist in der Schweiz immer als Gesamtbezeichnung verwendet worden und deckt einen weiten Grundrechtsbereich, der etwa demjenigen entspricht, der in den USA mit „free exercise of religion“ bezeichnet wird. Man

<sup>20)</sup> Art. 49 Abs. 4 BV hält ausdrücklich fest: „Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte darf durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden“.

<sup>21)</sup> Statt aller: Z. *Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 315 f.; J. F. *Aubert*, Traité de Droit Constitutionnel Suisse, Paris/Neuchâtel 1967, II, pp 712 s.

<sup>22)</sup> Vgl. etwa Z. *Giacometti*, aaO., S. 315 ff. W. *Burckhardt* meinte zwar, die Äußerungsfreiheit gehöre „nicht zum engeren Begriff der Religionsfreiheit“; dennoch sei „in Übereinstimmung mit allen bisher geäußerten Ansichten anzunehmen, daß mit den Art. 49 und 50 BV auch das Recht religiöser Meinungsäußerung garantiert sei (Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931, S. 443).

hat also nicht versucht, aus Art. 49 BV eine spezielle Glaubensfreiheit herauszudifferenzieren, die dann einer speziellen Gewissensfreiheit gegenübergestellt worden wäre, vielmehr — in der Lehre und in der Praxis — bloß verschiedene Teilbereiche ein und desselben Grundrechts unterschieden. Demzufolge wird in den späteren Erwägungen, in welchen im Zusammenhang mit der Gewissensfreiheit des Bonner Grundgesetzes auch Überlegungen zum schweizerischen Recht angestellt werden sollen, nur ein Ausschnitt des Rechts der „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ heranzuziehen sein.

Noch ein Wort zu den Schranken der „Glaubens- und Gewissensfreiheit“. Art. 49 Abs. 5 BV hält in anscheinend apodiktischer Formulierung fest: „Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten“. Wird also, so ist zu fragen, eine umfassend gewährleistete, auch die Gewissensbetätigung einschließende Freiheit wiederum gänzlich dem Gesetzgeber ausgeliefert, welchem es obliegt, den Inhalt der bürgerlichen Pflichten festzulegen? Schrankenbestimmungen, die auch für die Glaubens- und Gewissensfreiheit bedeutsam werden können, finden sich sodann auch im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Kultusfreiheit in Art. 50, wobei insbesondere an Kompetenzen des Bundes und der Kantone zum Schutze des konfessionellen Friedens zu denken ist. Die Schrankenbestimmungen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit haben einen „punktuellen“ Charakter. Allein, es ist in Rechnung zu stellen, daß die schweizerische Praxis immer wieder geneigt hat, die Grundrechte generell unter den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung zu stellen, wobei deren Begriff im allgemeinen reichlich unkritisch vorausgesetzt wurde. Die Lehre hat diese Praxis meist allzu unkritisch hingenommen<sup>23)</sup>. Im Zusammenhang der deutschen Schrankenproblematik wird darauf zurückzukommen sein.

### 3.3 Deutschland<sup>24)</sup>

Gemäß einem Vorschlag Luthers sollte der katholischen Minderheit eines protestantischen Gebiets Gewissensfreiheit im Sinne des Rechts, „in den Kammern anzubeten“, eingeräumt werden. Erst der Westfälische Frieden verwirklichte im Zusammenhang seiner Bestimmungen über die Parität eine entsprechende Regelung. „Gewissensfreiheit“ erschien nun in der Ge-

---

<sup>23)</sup> Vgl. aber *Hans Huber*, Die Grundrechte in der Schweiz, in: *Die Grundrechte* I/1, 1966, S. 207.

<sup>24)</sup> Die folgende skizzenhafte Übersicht ist in Anlehnung an die eingehende Darstellung *H. Schollers* (op.cit.) redigiert, auf welche generell verwiesen sei.

stalt der geringsten Stufe der Kultusfreiheit für die Angehörigen der reichsrechtlich anerkannten Konfessionen. Preußen dehnte solche Toleranz auf die Sekten aus, und das ALR bestätigte diesen Rechtszustand, trug aber mit dem Begriff der Freiheit des „inneren Gottesdienstes“ sprachlich zur Spiritualisierung der Gewissensfreiheit als Freiheit im Bereich des „Un-sichtbaren“ bei<sup>25)</sup>. Derart spiritualisierte und privatisierte Freiheit entsprach sowohl den individualistisch-subjektivistischen Strömungen der Zeit wie auch den obrigkeitsstaatlichen, einem aufgeklärten Absolutismus, welcher die Toleranz als auch im öffentlich-staatlichen Interesse liegend zu verstehen vermochte<sup>26)</sup>.

In der preußischen Verfassung von 1850 ging die nicht mehr erwähnte Gewissensfreiheit in der religiösen Bekenntnis- und Kultusfreiheit auf. Die Gewissensfreiheit als Recht auf einfache Hausandacht wurde also obsolet. Was Wunder, wenn später bei der Beratung der Weimarer Reichsverfassung *W. Kahl* die Auffassung vertrat, von einem besonderen Schutz der Gewissensfreiheit sei abzusehen. Soweit es um Äußerungen gehe, reiche die religiöse Meinungsäußerungsfreiheit aus, während die Gewissensfreiheit als Gedankenfreiheit das reine Internum betreffe und damit dem rechtlichen Zugriff und Schutz entzogen sei<sup>27)</sup>.

Art. 135 WRV gewährleistete dann doch die „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit“, was in der Rechtswissenschaft Anlaß dazu geben sollte, den Begriff der Gewissensfreiheit zum „übergeordneten Begriff der religiösen Freiheit“ zu erklären. Gewissensfreiheit im weiteren Sinn wurde also gleichbedeutend mit Glaubens- oder Religionsfreiheit und im Gefolge Anschütz' üblicherweise aufgeteilt (1.) in eine Freiheit des forum internum, (2.) die Kultusfreiheit und (3.) die Vereinigungsfreiheit, wobei der Gewissensfreiheit im Sinne des freien forum internum von manchen der Rechts- und Grundrechtscharakter bestritten wurde, weil als Rechtsnorm nur angesehen werden könne, was ein äußeres Verhalten betreffe<sup>28)</sup>.

Art. 4 Abs. 1 GG erklärt nun „die Freiheit des Glaubens, des Wissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses als unverletzlich“. *H. Scholler* hat diese Formulierung als „Kompromiß zwischen Verfassungspietät und Rechtsdogmatik“ bezeichnet. Ein durch die Tradition geheiligter

<sup>25)</sup> aaO. S. 58.

<sup>26)</sup> Vgl. auch *Klaus Schlaich*, aaO., passim.

<sup>27)</sup> Zit. bei *H. Scholler*, aaO S. 82

<sup>28)</sup> aaO. S. 87.

Begriff sei übernommen worden, obschon die Rechtsdogmatik diesem Inpraktikabilität vorgeworfen habe<sup>29)</sup>).

#### 4. Der Bereich der Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG

4.1 Keiner einläßlichen Begründung bedarf die Aussage, daß Gewissensfreiheit nicht im Sinne des früheren Rechts auf Hausandacht gemeint sein kann. Dagegen spricht schon die systematische Stellung der Gewissensfreiheit im Grundgesetz. Das Grundrecht ist aus dem staatskirchenrechtlichen Zusammenhang herausgenommen und findet sich nun unter den für den Status des Bürgers konstitutiven Grundrechten.

Die Freiheiten des Art. 4 Abs. 1 GG gelten für jede, auch für die atheistische Weltanschauung. War die Gewissensfreiheit ursprünglich eine Äußerung von Religionsfreiheit, erscheint heute die Freiheit des religiösen Glaubens und des religiös motivierten Gewissens als Anwendungsfall einer allgemeinen Überzeugungs- und Gewissensfreiheit<sup>30)</sup>).

4.2 Art. 4 regelt Aspekte der „Sache Glaubens- und Gewissensfreiheit“ in verschiedenen Teilrechten. Bleibt neben der Kulturfreiheit, der Bekenntnisfreiheit und der Glaubensfreiheit als Sondergehalt der Freiheit des Gewissens nur das *forum internum*? Diese Interpretation hat etwa *Reinhold Zippelius*<sup>31)</sup> vertreten, im Ergebnis ähnlich auch *Heinrich J. Scholler*<sup>32)</sup>, der das Gewissen als „Tiefenperson“, und die Gewissensfreiheit als „Freiheit der Anschauung im Bereich der Geheimsphäre“ versteht. Die rechtliche Funktion der Gewissensfreiheit wird dann im Schutz der Geheimsphäre erblickt. Ebenso schließe sie die Anwendung von Narkoanalyse, Hypnose, „Plauderdrogen“ und dergleichen aus<sup>33)</sup>. Hierzu ist freilich zu sagen, daß das Schweigerecht schon aus der Meinungsäußerungsfreiheit abgeleitet werden kann; und die Freiheit der Aussage im Strafprozeß ist wohl doch sachgerechter dem Grundrecht der freien Persönlichkeit als demjenigen der Gewissensfreiheit zuzuordnen.

Im Folgenden soll die These vertreten werden, die Gewissensfreiheit schütze nicht nur die Freiheit der inneren Gewissensbil-

---

<sup>29)</sup> aaO. S. 115 f.

<sup>30)</sup> So etwa v. *Mangoldt-Klein*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1955 ff., S. 216; *Roman Herzog*, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, in Deutsches Verwaltungsblatt Jg. 84, 1969 S. 718.

<sup>31)</sup> Bonner Kommentar Rdnr. 44 zu Art. 4 GG.

<sup>32)</sup> Die Freiheit des Gewissens, 130 ff, 217; vgl. nun aber auch *H. Scholler*, Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat, Die öff. Verwaltung Jg. 22, 1969, S. 528

<sup>33)</sup> Die Freiheit des Gewissens, S. 146 ff.

dung, sondern auch die *Gewissensbetätigung*. Mit Roman Herzog<sup>34)</sup> ist anzunehmen, diese Interpretation werde zunächst durch das Staatsbild des Grundgesetzes gestützt, in welchem der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der Idee der verantwortlichen Gesellschaft freier Menschen zentrale Bedeutung zukommt. Eine auf das *forum internum* begrenzte Gewissensfreiheit wäre damit nicht vereinbar. Denken und Handeln lassen sich nicht trennen — weder erkenntnistheoretisch noch ethisch. Gewissensfreiheit beschränkt auf innere Freiheit zu postulieren, ist ein Zynismus gegenüber der Person, verdeckt durch den Anschein des Respekts. „Nichts über die tiefen Gefühle und Einsichten. Freilich der Ernst des Lebens gebietet, daß sie gänzlich folgenlos bleiben“. „Kein Mensch muß müssen“. Von Lessing läßt man's sich im Theater gerne sagen und erlabt sich dran. Doch für's Leben darf's nicht taugen. Was Wunder, wenn sich da das „Establishment“ die Gegenideologie der „repressiven Toleranz“ auflädt!

Ein weiteres Argument ergibt sich aus der *Europäischen Menschenrechtskonvention*, die in ihrem Artikel über die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1) implizit auch die Gewissensverwirklichungsfreiheit mitumfaßt<sup>35)</sup>. Aus der unmittelbaren Geltung im innerstaatlichen Bereich folgt das Gebot der konventionskonformen Auslegung des Art. 4 Abs. 1 GG dahingehend, daß Gewissensfreiheit auch Gewissensverwirklichungsfreiheit meine.

## 5 Die Schranken der Gewissensfreiheit

5.1 Gewissensverwirklichungsfreiheit kann gewiß nicht anarchische Freiheit bedeuten. Wie sind aber die Schranken zu begründen? Haben wir wirklich, wie gesagt worden ist, mit kaum zu überwindenden dogmatischen Schwierigkeiten zu rechnen?

Die oft wiederholte Aussage, es fehle an *Vorbehaltsschranken*, ist zwar zutreffend, soweit es sich um den Wortlaut des Art. 4 GG handelt. Sie ist aber erstaunlich, wenn man Art. 136 WRV mitbedenkt, der ja nach Art. 140 der geltenden Verfassung Bestandteil dieses Grundgesetzes ist.

Wenden wir uns aber zunächst der Frage der *immanenten Schranken* zu, die sich allenfalls aus dem Gewissensbegriff ergeben. Ihnen hat das bisherige Interesse der Doktrin besonders

<sup>34)</sup> aaO. S. 119.

<sup>35)</sup> Freilich enthält Art. 9 Abs. 2 einen weitreichenden Schrankenvorbehalt. Statt anderer: *Karl Josef Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, in: Die Grundrechte I/1 1966, S. 424, bes 428 ff.

gegolten, wobei aber Grenzen und Mängel dieser Schrankentheorie sehr deutlich geworden sind. Die Hauptschwierigkeit besteht darin, daß der Gewissensbegriff selber Gewissensfrage sein kann.

Nicht folgen kann man etwa dem Vorschlag *Willi Geigers*, der einerseits postuliert, kein Rechtssatz könne verlangen, was das Gewissen verbiete, andererseits aber eine „objektive sittliche Ordnung“ voraussetzt, der das subjektive Gewissen (unter Vorbehalt der Verbildung und Selbsttäuschung) spontan entspreche<sup>36</sup>). Diese Auffassung bedingt für den Konfliktfall eine oberste Instanz mit sozusagen lehramtlichen Funktionen, eine Instanz, die in Kenntnis der objektiven Ordnung den Inhalt der „richtigen“ Gewissensentscheidung festzustellen hat. Strukturell unterscheidet sich eine solche Schrankentheorie kaum von derjenigen totalitärer Ideologien, insbesondere nicht von derjenigen des Marxismus-Leninismus (nur daß eine andere Wertordnung vorausgesetzt wird). Im weltanschauungsneutralen Staat ist sie unzulässig.

Auch die vom *Bundesverwaltungsgericht* in bezug auf das Kriegsdienstverweigerungsrecht entwickelte Abgrenzung halte ich nicht für unbedenklich (ohne damit zu Urteilsergebnissen Stellung nehmen zu wollen). Hier gelten „die im Inneren des Menschen vorhandene Überzeugung von Recht“ sowie ein damit verbundener Verhaltenszwang als für die „echte“ Gewissensentscheidung kennzeichnend. Diesen Kriterien stellt die Praxis die Erwägung nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten und die „von der Vernunft her bestimmte Güterabwägung“ als unmaßgeblich gegenüber<sup>37</sup>). Die Argumentation liegt geistesgeschichtlich in der Linie eines extremen Idealismus individualistischer Prägung und zeigt dessen Sackgassen an. Mit eben denselben Kriterien — absolut gesetzte „Innerlichkeit“, „Verhaltenszwang“ — könnte der Psychiater die Zwangsneurose und die für diese typische existentielle Verslossenheit umschreiben. Dagegen schließt die Begriffsbestimmung des Bundesverwaltungsgerichts mit der *conscientia* als auf den anderen hin offenes Wissen und Verantworten eine rationale und sozialbezogene Ethik, die es ohne „von der Vernunft her bestimmte Güterabwägung“ gerade nicht geben kann, implizit aus der „Ethik“ aus.

Der Versuch, die Schrankenproblematik über die Interpretation

---

<sup>36</sup>) *Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus, Grundfragen des Rechts*, 1963, S. 60, 63.

<sup>37</sup>) So gerade auch ein neues Urteil des BVerwG vom 24. 4. 1969, auszugsweise wiedergegeben in: *Deutsches Verwaltungsblatt* Jg. 84, 1969, S. 748 ff.

des Gewissensbegriffs zu bewältigen, muß sich bescheiden. Ein Gewissenskonflikt ist ein Widerstreit zwischen individuellen und sozialen Richtigkeitsvorstellungen mit Geltungsanspruch. Eine Abgrenzung gegenüber anderen Konflikten zwischen divergierenden Maßstäben ist so zu treffen, daß man sagen kann, eine Gewissensfrage stelle sich dann, wenn ein Entscheid in einer bestimmten Sache für die Konstituierung oder Dekonstituierung der Person, für ihre Identität als geistig-sittliche Existenz bedeutsam sei. Derart ergibt sich die Unterscheidung der Gewissensfreiheit von einer ganz allgemeinen Handlungsfreiheit. Der Bereich der gewissensrelevanten Entscheidungen ist nicht feststehend, vielmehr geschichtlich sozial und durch die individuelle Lage bedingt.

Damit eine Gewissensposition im mitmenschlichen Zusammenleben berücksichtigt werden kann, muß sie indessen als solche *rational mitteilbar* sein. Das Schrankenproblem ist mit diesen Feststellungen nicht gelöst. Denn wenn eine Gewissensposition rational mitteilbar ist, muß erst noch geprüft werden, wieweit sie geschützt werden könne oder wieweit sie gegenüber konkurrierenden Prinzipien der Rechtsordnung zurückweichen müsse. Auch die „Gewissensposition“ des Überzeugungsverbrechers kann ja durchaus rational mitteilbar, z. B. psychoanalytisch deutbar sein.

Eine Abgrenzung in bezug auf den Grundrechtsberechtigten ergibt sich in diesem Zusammenhang nebenbei. Subjekt der Gewissensfreiheit i. S. des Art. 4 Abs. 1 GG ist nur die natürliche Person. Ihr allein, nicht dagegen den juristischen Personen kann sich die Frage der personalen Identität im erwähnten Sinne stellen.

5.2 Doch zurück zu den Schranken der Gewissensfreiheit. Der Lösungsvorschlag, den ich zur Diskussion stellen möchte, läßt sich dahin zusammenfassen, die Grundrechte insgesamt seien als Teile einer *verfassungsrechtlichen Gesamtordnung* zu verstehen, deren Elemente im Verhältnis wechselseitiger Beziehung stehen, teils sich ergänzend und verstärkend, teils sich begrenzend. Das Schrankenproblem erweist sich damit als Aufgabe, zwischen den einzelnen Momenten der Verfassung namentlich dem Grundrechtsteil einerseits und den verfassungsrechtlich angeordneten oder vorausgesetzten staatlichen Gemeinschaftsaufgaben wie Schule, Militär, öffentliche Verwaltung andererseits, *optimale praktische Konkordanz* herzustellen. Zur näheren Begründung der Methode solcher Konkordanz, die insbesondere nicht auf der Annahme einer ontisch vorgegebenen Wertordnung beruht, darf ich auf *Konrad Hesse* und eigene frü-

here Darlegungen zu diesem Thema verweisen<sup>38)</sup>. Festgehalten sei bloß, daß es sich um Konkordanz zwischen nicht in eine strikte Rangordnung zu bringenden Teilprinzipien handelt. Die Frage, wer vorher da gewesen sei, das Individuum oder die Gesellschaft, ist unbeantwortbar, weil falsch gestellt. Gleiches gilt für die Frage nach dem Vorrang der Freiheit oder der verfassungsmäßigen Gemeinschaftsaufgaben. Denn durch die Grundrechte wird der Staat als Gemeinwesen mitgeformt, und umgekehrt sind die Grundrechte Rechte des Einzelnen im Gemeinwesen und werden durch dessen historisch-konkrete Struktur und Funktion mitbestimmt. Es gibt keine prinzipielle Nachordnung der Freiheitsrechte. Das zeigt die Wesensgehaltsgarantie. Doch gälte das auch ohne sie. Es gibt auch keine unbedingte Vorordnung der Grundrechte im Verhältnis zu den Gemeinschaftsaufgaben. Das kommt in Art. 136 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG zum Ausdruck, wäre aber auch ohne diesen Vorbehalt anzunehmen. Bei der inhaltlichen Bestimmung der bürgerlichen Pflichten sind, wie es in der Schweiz schon *Walther Burckhardt* postuliert hat<sup>39)</sup>, die Freiheitsrechte mitzubedenken. Und umgekehrt steht jedes Individualrecht unter dem Gemeinschaftsvorbehalt.

Nach dem Gesagten muß gewiß nicht mehr näher begründet werden, daß hier nicht versucht wird, die ältere Lehre vom Vorbehalt der „öffentlichen Ordnung“ wiederherzustellen, eine Lehre, die die Grundrechte schließlich dem Gesetzgeber zur Disposition stellte. Dagegen ist noch kurz dem denkbaren Einwand zu begegnen, die hier vertretene Betrachtungsweise werte die „Vorbehaltsschranken“ der einzelnen Grundrechte völlig ab. Allerdings erscheinen die Vorbehaltsschranken nun in einem anderen Licht als es verfassungspfektionistischen Erwartungen lieb wäre. So wie indessen die Grundrechte nicht ein geschlossenes System darstellen, sondern als punktuelle Gewährleistungen zu verstehen sind<sup>40)</sup>, deren Nennung und Formulierung zumal von bestimmten politischen Erfahrungen abhängt, so haben auch die Schrankenbestimmungen der Verfassungen einen punktuellen Charakter. Teils nennen sie Selbstverständliches aber besonders Erinnerungswürdiges. Auch ohne den ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 5 Abs. 2 GG hätten Gesetzgebung und Rechtspraxis das Verhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und straf- und zivilrechtlichem Schutz der persönlichen Ehre näher zu bestimmen. Andere Schrankenbestimmungen ha-

<sup>38)</sup> *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1969, S. 28 f., 105, 126 f., 130; *R. Bäuml*, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 26 ff.

<sup>39)</sup> aaO. S. 447.

<sup>40)</sup> *K. Hesse*, aaO. S. 118 ff.

ben die Funktion, bestimmte besonders umstrittene oder nach der Erfahrung besonders wichtige Fragen, die sich bei der Konkordanz von „Freiheit“ und „Bindung“ ergeben, zum voraus zu entscheiden. Solche Schrankenbestimmungen stellen zuweilen Anforderungen an die Erlassesform von Schrankenvorschriften, zuweilen legen sie die Konkordanz von „Freiheit“ und „Bindung“ auch materiell in bestimmter Weise fest. In diesem Sinne ist gerade Art. 4 Abs. 3 GG zu deuten. Es ist umstritten, ob das Kriegsdienstverweigerungsrecht als Bestätigung und Erweiterung der Gewissensfreiheit anzusehen sei oder ob es sich um ein selbständiges Grundrecht handle, das über die Gewährleistungen der Absätze 1 und 2 hinausgehe, ja im Verhältnis zu diesen sogar Ausnahmebestimmung sei<sup>41)</sup>. Beide Auffassungen können nicht recht befriedigen. Absatz 3 ist vielmehr als materielle Konkordanznorm für die Harmonisierung von Gewissensfreiheit und Wehrdienst als öffentlicher Pflicht anzusehen.

Ist mit den angestellten Überlegungen — so möchte man vielleicht noch einwenden — nicht die Geltung der Grundrechte als unmittelbar anwendbares Recht in Frage gestellt? Dies ist zu verneinen. Zwar bedarf die Konkordanz zwischen Grundrechten und anderen Bestandteilen der verfassungsrechtlichen Ordnung mannigfacher Konkretisierung, zu welcher vornehmlich der Gesetzgeber berufen ist, neben ihm — weiterführend und allenfalls auch korrigierend — aber auch die Verfassungs- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. So kommt den Grundrechten doch Wirksamkeit unmittelbarer Rechtsgeltung zu, wobei sie freilich weniger als Basis logisch zwingenden Deduzierens denn als Teilgesichtspunkte eines Abwägungsprozesses der praktischen juristischen Vernunft wirken.

## 6. Versuch einer Gliederung der Konkordanzprobleme der Gewissensfreiheit

6.1 Leitgedanke der folgenden Überlegungen, in welchen der Versuch unternommen wird, die Konkordanzprobleme der Gewissensfreiheit zu gliedern, ist — um eine Begriffsbildung *Siegfried Grundmanns* zu übernehmen — die „*Toleranz als Rechtsprinzip*“<sup>42)</sup>. Toleranz und Rechtsgüterkonkordanz gehören zusammen. Bereitschaft zur Konkordanz in einer Welt, in der sich die Dinge nicht auf einen Nenner bringen lassen, ist Toleranz, die über schöne milde Gesinnungen hinausgeht und praktisch wird. Toleranz soll den Leitgedanken abgeben sowohl dort, wo

<sup>41)</sup> Zu dieser Streitfrage etwa *R. Zippelius*, aaO. Rdnr. 42 ff. zu Art. 4 GG.

<sup>42)</sup> Artikel „Toleranz“ in: *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, Sp. 2302 ff.

es um den Ausgleich zwischen Individuum und staatlichen Gemeinschaftsaufgaben geht, wie auch bei der Konkordanz der Freiheit des einen mit derjenigen des anderen.

6.2 Zunächst ist zu vermerken, daß sich die Konkordanzprobleme der Gewissensfreiheit nicht hinreichend als Fragen einer traditionellen Schrankentheorie auffangen lassen, welche einen vorgegebenen Grundrechtsinhalt voraussetzt, der dann nachträglich durch Schrankenbestimmungen einzugrenzen wäre. Vielmehr ergeben sich aus der Gewissensfreiheit auch *Konkretisierungsaufträge*, zumal an die Adresse des Gesetzgebers, ähnlich also wie bei der Rechtsgleichheit.

Damit ist nicht bestritten, daß sich schon aus der Grundrechtsgewährleistung selber unmittelbare Rechtswirkung ableiten lasse. Auch ohne eine besondere verfassungsrechtliche Norm wäre die Verweigerung der Aktivbürgerrechte oder staatlicher Leistungen aus Gründen einer bestimmten Gewissensposition der Betroffenen verfassungswidrig. Meint aber Gewissensfreiheit „Nichtidentifikation“<sup>43)</sup> des Staates mit einer bestimmten Weltanschauung oder — positiv ausgedrückt — Toleranz in einer pluralistischen Sozialordnung, und hat sich der Staat daher an der *utilitas* im Sinne geschichtlicher, auf ein ethisches Minimum ausgerichteter Gerechtigkeit zu orientieren, so ergibt sich hieraus die allgemeine Forderung an die Rechtssetzung, die Rechtsordnung so auszugestalten, daß der Gewissensfreiheit und gerade auch der Freiheit, nach selbst verantworteten Maßstäben zu handeln, optimal Raum bleibt. Es geht darum, die Konfliktsmöglichkeiten zum voraus einzugrenzen, wobei festgestellt werden darf, daß die rechtsstaatliche Rechtsordnung diesem Erfordernis auch aus nicht speziell an der Gewissensfreiheit orientierten Gründen Genüge tut. So kommt der Gewissensverwirklichungsfreiheit etwa die Freiheit des Berufs zu Hilfe, die es ihrerseits gewährleistet, daß bei der Berufswahl auch die Forderungen des individuellen Gewissens bestimmend sein können. Vor allem ist auch an das Privatrecht mit seinen disponiblen Regelungen zu denken. Die Vertragsfreiheit läßt einer an Gründen des Gewissens orientierten Privatautonomie Raum.

Konkretisierende Normen zur Verwirklichung der Gewissensfreiheit sind speziell dann nötig, wenn der Konflikt zwischen individuellem Gewissen und Rechtspflicht durch tragbare *Alternativen* auf Seiten der Rechtsordnung beseitigt oder gemildert werden kann.

In dieser Frage möchte ich mich der These anschließen, die *Adalbert Podlech* in Anlehnung an *N. Luhmanns* funktionale

---

<sup>43)</sup> *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 178 ff.

Grundrechtsinterpretation formuliert hat: „Die rechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit verpflichtet die öffentliche hoheitlich handelnde Gewalt, rechtliche Alternativen bereitzustellen, wenn eine generelle rechtliche Regelung einzelne zu gewissenswidrigem Verhalten verpflichtet, es sei denn daß es Alternativlösungen nicht gibt oder mögliche Alternativlösungen für die staatlich verfaßte Gesellschaft nicht tragbar sind“<sup>44)</sup>.

Gewisse Alternativen sieht schon das Verfassungsrecht selber vor. Neben dem Ersatzdienst der Kriegsdienstverweigerer gemäß Art. 12 Abs. 2 GG ist etwa die Alternative des Eides ohne religiöse Beteuerung nach Art. 56 Abs. 2 GG zu nennen. Die Fragen des Schulrechts fallen bei der für das GG kennzeichnenden weitgetriebenen Spezialisierung der „Sache Gewissensfreiheit“ eher unter die Glaubens- und die Bekenntnisfreiheit als unter die Gewissensfreiheit im engeren Sinn. Als Freiheit der Gewissensbildung steht freilich auch sie im Spiel. Nach Art. 7 Abs. 5 GG soll den Eltern die Privatschule als Alternative zur öffentlichen Schule gerade aus Gründen der Weltanschauungsfreiheit offen bleiben. Die Hauptaufgabe, die sich im Schulrecht aus der „Sache Gewissensfreiheit“ ergibt, besteht allerdings darin, eine über den konfessionellen Gegensätzen stehende neutrale öffentliche Schule zur Verfügung zu stellen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die christliche Gemeinschaftsschule hierfür ausreicht, möchte ich hier nicht entscheiden<sup>45)</sup>.

6.3. Überall, sowohl bei der Konkordanz der Gewissensfreiheit mit staatlichen Gemeinschaftsaufgaben wie auch mit den Rechten anderer, geht es, wie gesagt, um eine Aufgabe der *Rechtsgüterabwägung*. Ein Abwägungsproblem — und nicht etwa ein formallogisch beantwortbares — ist auch die Frage, ob es in concreto Alternativen gebe und ob diese für das Gemeinwesen tragbar seien. Das schließt es aus, daß bloßer Deduktion fähige Rezepte gegeben werden könnten. Die Lösung muß schließlich in der konkret-fallbezogenen Analyse und Bewertung gefunden werden. Immerhin lassen sich einige *problemgliedernde Grundsätze* der praktischen juristischen Vernunft formulieren.

6.3.1. Zunächst ist zu postulieren, es sei jeweilen der im einzelnen geltend gemachte Grund des öffentlichen Wohls kritisch zu analysieren und zu werten und weiter sei zu prüfen, ob nach rational mitteilbaren Erwägungen ein höherer oder ein gerin-

<sup>44)</sup> aaO. S. 35.

<sup>45)</sup> Dazu statt anderer *Axel Freiherr v. Campenhausen*, *Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft*, 1967, S. 182.

gerer Grad an Bedeutsamkeit einer Sachfrage für die Konstituierung bzw. Dekonstituierung der Person anzunehmen sei. Es ist also nicht zulässig, von einem prinzipiellen Primat der Freiheit oder der Gemeinschaftsanforderungen auszugehen. Wer zwecks Erfüllung einer Gewissenspflicht zunächst mit dem Wagen reisen muß, darf gewiß sowenig wie ein anderer die Stopplichter überfahren. Dagegen ist die Reinhaltung der Straßen kein ausreichender Grund, um die Verteilung von Flugblättern zu verweigern. Wesentliche Unterschiede gibt es aber auch in bezug auf die persönlichkeitsintegrierende Wirkung geltend gemachter Gewissenspositionen. Daß sie in hohem Maße bei der Kriegsdienstverweigerung gegeben sein kann, leuchtet ein. Dagegen ist nicht ohne weiteres einzusehen, daß der Weigerung eines niederländischen Geistlichen, Beiträge an die allgemeine Altersversicherung zu zahlen, hohe Relevanz für die Persönlichkeitsidentität zukommen konnte<sup>46</sup>). Das Argument, es sei nach der Kirchenordnung Sache der Gemeinde, für ihn im Alter zu sorgen, betrifft das Verhältnis von Staat und Kirche und nur entfernt seine Persönlichkeitsstruktur. Unter dem Vorbehalt von Geldleistungen, die zu weltanschaulichen Zwecken erhoben werden, kann generell gesagt werden, daß die Persönlichkeitsstruktur bei einer Zahlungspflicht weniger tangiert ist als bei der Verpflichtung zu einem Tun.

6.3.2. Unvereinbar mit der Gewissensfreiheit ist die direkt *weltanschauungsbezogene* Norm, d. h. die Norm, die unmittelbar darauf ausginge, die Gewissensausübung zu erschweren. Eine solche Norm wird durch das Toleranzprinzip ausgeschlossen. Zulässig ist allein die Beschränkung auf Grund des *allgemeinen Gesetzes*, zu dessen materialem Gehalt ein *überzeugend nachgewiesener Grund des weltanschaulich neutralen Staates* gehört. In Betracht kommen etwa gewerbe- und gesundheitspolizeiliche Gesichtspunkte. Solche Momente des öffentlichen Wohls sind aber jeweils speziell mit der Gewissensfreiheit zu konfrontieren.

Entspricht eine als Gewissenspflicht verstandene Tätigkeit zugleich einer solchen, die unter ein anderes Grundrecht und dessen Schrankenbestimmungen fällt, so ist die Zulässigkeit der Beschränkung also speziell auch unter dem Gesichtspunkt der Gewissensfreiheit zu prüfen.

Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, welches den Vertrieb religiöser Schriften vorbehaltlos den Bestimmungen über den Hausiererhandel unterstellt<sup>47</sup>), genügt diesem Erfor-

---

<sup>46</sup>) Nachweis bei K. J. Partsch, aaO. S. 429, Anm. 653.

<sup>47</sup>) BGE 56 I 431.

dernis nicht. Es müßte untersucht werden, ob die im einen Fall gerechtfertigten polizeirechtlichen Überlegungen auch im andern sachlich überzeugend sind. Von da aus ergibt sich auch eine gewisse Korrektur an der gelegentlich vertretenen Auffassung, auch auf die Freiheiten nach Art. 4 GG seien die Schrankenbestimmungen zu anderen Grundrechten immer dann anwendbar, wenn die Äußerungen der Freiheitsrechte nach Art. 4 GG zugleich unter ein anderes Grundrecht fallen<sup>48)</sup>. Es ist jeweils besonders unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 GG zu differenzieren.

Das Toleranzprinzip hat, wie gezeigt, bei der Umgrenzung der sachlich gerechtfertigten Gründe des öffentlichen Wohls eine negative, begrenzende Funktion. Zugleich kommt ihm aber auch eine positive, inhaltsbestimmende Funktion zu. Da das Toleranzprinzip „nicht nur passiv i. S. des Desinteresses, sondern auch aktiv i. S. eines Freiheitsschutzes“ zu verstehen und zu handhaben ist<sup>49)</sup>, folgt aus ihm — um mit dem Bundesverfassungsgericht zu reden — die Verantwortung des weltanschaulich neutralen Staates als „Heimstatt aller Bürger“<sup>50)</sup>. Wenn die schweizerische Bundesverfassung einen ausdrücklichen Vorbehalt von Schranken zum Zwecke des Schutzes des konfessionellen Friedens enthält, so nennt sie damit einen elementaren, selbstverständlichen Grund des allgemeinen Gesetzes.

6.3.3. Neben dem Erfordernis des sachlich gerechtfertigten Grundes gilt das Gebot der *Verhältnismäßigkeit* des Eingriffs. Auch diese steht, wie schon *Fritz Werner*<sup>51)</sup> festgestellt hat, in enger Beziehung zum Toleranzprinzip. Toleranz gegenüber dem Andersartigen erheischt, daß, wenn diesem aus zwingenden Gründen Schranken auferlegt werden müssen, jedes Übermaß unterbleibe. Gesetzliche Bestimmungen über Feiertage und Arbeitsruhe sind sachlich etwa mit Motiven der Gewerbe- und der Gesundheitspolizei zu begründen. Das völlige Verbot der Arbeit am Sonntag wäre, an den zulässigen Aufgaben des religiös neutralen Staates gemessen, unproportional und damit unzulässig. Auch soweit es sich um die Friedenssicherung im Verhältnis verschiedener religiöser oder weltanschaulicher Gruppen handelt, ist Zurückhaltung geboten. Schützenswert ist gemäß dem Toleranzprinzip nur diejenige Einstellung, die ihrerseits den Andersartigen in seinem Recht läßt, nicht dagegen z. B. eine religiöse Empfindlichkeit, die die Welt unerträglich

<sup>48)</sup> Vgl. etwa *v. Mangoldt-Klein*, aaO. S. 219 f.

<sup>49)</sup> *S. Grundmann*, aaO.

<sup>50)</sup> BVerfG 19, 206, 216; dazu *P. Häberle*, Exzessive Glaubenswerbung in Sonderstatusverhältnissen, JuS 1969, S. 271.

<sup>51)</sup> Recht und Toleranz, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages 1962, Tübingen 1964, B S. 13.

lich und sich selber gefährdet findet, wenn der Nachbar sonntags seinen Garten jätet.

Praktische Bedeutung kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zumal auch im Zusammenhang mit dem Alternativenproblem zu. Fehlt einer Freiheitsbeschränkung der sachlich vertretbare Grund des weltanschaulich neutralen Staates, so ist sie von vornherein unzulässig, und die Frage einer Alternative stellt sich überhaupt nicht. Beruht dagegen eine Norm auf sachlichen Gründen des allgemeinen Gesetzes, führt sie aber Anhänger einer bestimmten Gewissensposition in einen Gewissenskonflikt, so ist sie dann im Verhältnis zur Gewissensfreiheit unverhältnismäßig, wenn es eine Alternative gibt, über welche dem Zweck des allgemeinen Gesetzes Genüge getan werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist die obligatorische *Ziviltrauung*, welche der kirchlichen voranzugehen hat, wohl doch kritisch zu betrachten. Auch wenn man durchaus der Meinung ist, es sei Sache des Staates, ein für alle geltendes weltliches Eherecht aufzustellen, wird man im kirchlichen Trauakt kaum mit Gründen eine Beeinträchtigung dieser staatlichen Aufgabe erblicken können.

6.3.4. Die soeben getroffene Feststellung führt uns zu einem vierten und letzten Gesichtspunkt für die Abgrenzung. Die Gewissensfreiheit als Äußerung des Toleranzprinzips ist unter keinen Umständen ein Rechtstitel für die Vergewaltigung der anderen. Sie schützt weder das herrscherliche subjektiv-moralistische Gewissen, das Maßgeblichkeit auch für die anderen beansprucht noch das ins Rebellenische gekehrte „wahre und vorurteilslose Bewußtsein“ von Gruppen, die sich die Kompetenz zusprechen, stellvertretend für alle anderen den Weg zum Richtigen zu weisen.

Von hier aus ergeben sich Konsequenzen für verschiedene Fallgruppen. Einmal handelt es sich darum, die erlaubte Kritik von ihrem Mißbrauch in der Gestalt eines vorwiegend auf Verletzung ausgehenden Verhaltens und sonstigen Formen „exzessiver Glaubenswerbung“ abzugrenzen. Nach deutschem Verfassungsrecht steht hier allerdings mehr die Umgrenzung der Glaubens- und der Bekenntnisfreiheit als diejenige der Gewissensfreiheit i. e. S. in Frage. In diesem Zusammenhang sind aber auch die Fragen der *Drittwirkung* der Gewissensfreiheit, namentlich im Vertragsrecht und innerhalb von Weltanschauungsgemeinschaften, etwa innerhalb der Kirchen zu beurteilen. *Innerkirchliche Gewissensfreiheit gegenüber den dogmatischen Ansprüchen der Kirche*, durchgesetzt mit der Hilfe der staatlichen Gewalt, würde es dem Dissenter gestatten, der Kirche die Verwirklichung ihres Selbstverständnisses zu vereiteln und sie

damit nach den Forderungen seines individuellen Gewissens zu possedieren<sup>52)</sup>. Im *Vertragsrecht* ist mit *F. Wieacker*<sup>53)</sup> anzunehmen, daß der Überzeugungseifer so wenig zur Leistungsverweigerung ermächtigt, wie er geeignet sein kann, den Überzeugungstäter von Schuld und Strafbarkeit zu befreien. Vorbehalten bleiben nur Verpflichtungen, die nach *allgemeiner* Rechtsüberzeugung nicht vertretbar sind und daher nach den allgemeinen Regeln des Privatrechts des Schutzes nicht teilhaftig sein könnte. Im Fall der berühmt gewordenen Apotheker-Gehilfin handelte es um den unzulässigen Versuch, die wirtschaftlichen Folgen der eigenen Gewissensposition auf den Dienstherrn abzuwälzen. Der herrscherliche, Maßgeblichkeit auch für die anderen beanspruchende Gewissensstandpunkt verbindet sich zuweilen mit eigenartiger Weinerlichkeit in bezug auf die selber zu tragenden Konsequenzen.

Die skizzierten Gesichtspunkte der Rechtsgüterabwägung mögen sich verfeinern und ergänzen lassen. Zu vollständigen Rezepten wird man sie nicht verdichten können. Auch bei der Gewissensfreiheit ist die Spannung zwischen Individualität und Sozialität nicht prinzipiell und definitiv lösbar. Der Außen-seiter wird immer wieder auch optimalen Konkordanzlösungen der praktischen politischen und juristischen Vernunft seinen Protest entgegensetzen, weil Konkordanz als Schlichtungsverfahren den Hochzielen seiner kompromißlosen Position schon im Ansatz zuwider ist. Die in diesem Bericht vertretene Sicht wird ihm vielleicht gerade als besonders hinterhältige Rechtfertigung „repressiver Toleranz“ gelten. Allein, der rechtsstaatlichen Demokratie ist es wesentlich, daß sie mit den Grenzen, die ihrer Ordnungsfähigkeit überhaupt gesetzt sind, auch das Ärgernis des Protests auszuhalten weiß. Das wird ihr in dem Maße gelingen, wie sie sich selbstkritisch und offen für ständige Reform von einer selbstgefälligen Verklärung des Bestehenden ebenso freizuhalten vermag wie von selbstquälerischer Resignation.

### 7. Würdigung des Gesamtergebnisses

Die praktisch bedeutsame Schutzfunktion der Gewissensfreiheit als Spezialgrundrecht ist heute eher gering. Dies ergibt sich einmal infolge der sehr weit gehenden Grundrechtsdifferenzierung des Grundgesetzes. Wenn die Fälle, in denen die Ge-

<sup>52)</sup> *Rudolf Smend*, Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht, in: *Mensch und Staat in Recht und Geschichte*, Festschr. f. *K. Kraus*, S. 211 vgl auch *Martin Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, *VVDStRL* 26, 1969, S. 13 f.

<sup>53)</sup> *Vertragsbruch und Gewissensnot* *JZ* 1954, S. 466.