

Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Herausgegeben von

Axel Frhr. v. Campenhausen · Joachim E. Christoph
Michael Germann · Hans Michael Heinig · Jan Hermelink
Karl-Hermann Kästner · Christoph Link · Arno Schilberg

Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius
Entwicklungsperspektiven der Verfassung der
Bremischen Evangelischen Kirche

Jacob Jousen
Das neue Arbeitsrecht der Evangelischen Kirche in Deutschland

Christoph Goos
Gewissensauseinandersetzungen in der Gesellschaft –
Gewissensfreiheit im Recht

Karl-Christoph Kuhn
„Lebensordnung“ im „Geist“.
Zur aktuellen Reichweite der Grundlegung
des Kirchenrechts bei Hans von Campenhausen
(1903–1989)



59. Band 1. Heft April 2014

Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Begründet von Prof. D. Dr. *Rudolf Smend* †

Herausgegeben von

Prof. Dr.Dr.h.c. *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Präsident der Klosterkammer i.R., Hannover · Vizepräsident i.R. Dr.Dr.h.c. *Joachim E. Christoph*, Hannover · Prof. Dr. *Michael Germann*, Halle · Prof. Dr. *Hans Michael Heimig*, Göttingen · Prof. Dr. *Jan Hermelink*, Göttingen · Prof. Dr. *Karl-Hermann Kästner*, Tübingen · Prof. Dr.Dr.h.c. *Christoph Link*, Erlangen · Jur. Kirchenrat Dr. *Arno Schilberg*, Detmold

Ständige Mitarbeiter

Präsident i. R. Prof. Dr. *Klaus Blaschke*, Kiel · Oberkirchenrat i.R. Dr. *Hartmut Böttcher*, Augsburg · Prof. Dr. *Jörg Ennuschat*, Konstanz · Kirchenoberrechtsdirektor Dr. *Michael Frisch*, Stuttgart · Prof. Dr.Dr.h.c. *Martin Heckel*, Tübingen · Prof. Dr. *Eilert Herms*, Tübingen · Prof. Dr. *Werner Heun*, Göttingen · Oberkirchenrat i. R. Dr. *Werner Hofmann*, München · Prof. Dr. *Martin Honecker*, Bonn · Oberlandeskirchenrat Dr. *Rainer Mainusch*, Hannover · Prof. Dr. *Hartmut Maurer*, Konstanz · Oberlandeskirchenrat i.R. Dr. *Peter von Tiling*, Hannover · Direktor *Peter Müller*, Berlin · Prof. Dr. *Knut Wolfgang Nörr*, Tübingen · Prof.Dr.Dr. *Dietrich Pirson*, München · Prof. Dr. *Gerhard Robbers*, Trier · Prof. Dr. *Reinhard Slenczka*, Erlangen · Prof. Dr. *Michael Stolleis*, Frankfurt/M. · Oberkirchenrat Dr. *Christoph Thiele*, Hannover · Oberlandeskirchenrat i.R. Dr. *Peter von Tiling*, Hannover · Oberkirchenrat i.R. Dr. *Gerhard Tröger*, München · Prof. Dr. *Heinrich de Wall*, Erlangen · Rechtsanwalt Prof. Dr. *Hermann Weber*, Berlin · Prof. Dr. *Dorothea Wendebourg*, Berlin · Oberkirchenrat i.R. Prof. Dr. *Jörg Winter*, Karlsruhe

Geschäftsführender Herausgeber:

Prof. Dr.Dr.h.c. A. *Frhr. v. Campenhausen*, Präsident der Klosterkammer a. D., Hannover

Redaktion:

Kirchenrechtliches Institut der EKD,
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen
zevkr@gwdg.de

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Hefen. *Einzelheftpreis:* € 51,-, *Bandpreis:* € 129,- für Privatpersonen und € 184,- für Institutionen, *Einbanddecke:* € 17,50, jeweils zuzüglich Versandkosten. *Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. *Vertrieb:* erfolgt über den Buchhandel.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/zevkr. Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohr.de.

© 2014 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Vervielfältigung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Microverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Printed in Germany. Satz: Martin Fischer, Tübingen; Druck und Bindung: Gulde-Druck, Tübingen.

ISSN 0044-2690

Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

59. Band 1. Heft

Abhandlungen

Dr. <i>Hans Michael Heinig</i> , Professor in Göttingen,	
Dr. <i>Hendrik Munsonius</i> , Oberkirchenrat in Göttingen:	
Entwicklungsperspektiven der Verfassung der Bremischen Evangelischen Kirche	1
Anhang: Denkschrift zum Entwurf einer Verfassung der Bremischen Evangelischen Kirche vom April 1920	39
Dr. <i>Jacob Jousen</i> , Professor in Bochum:	
Das neue Arbeitsrecht der Evangelischen Kirche in Deutschland	50
Dr. <i>Christoph Goos</i> , Akademischer Rat in Bonn:	
Gewissensauseinandersetzungen in der Gesellschaft – Gewissens- freiheit im Recht	69
Dr. <i>Karl-Christoph Kuhn</i> , Professor in Tübingen:	
„Lebensordnung“ im „Geist“. Zur aktuellen Reichweite der Grundlegung des Kirchenrechts bei Hans von Campenhausen (1903–1989)	96

Gewissenseinandersetzungen in der Gesellschaft – Gewissensfreiheit im Recht

Christoph Goos*

I.

Einleitung und Bestandsaufnahme

1. Zwischen Zurückhaltung und Zuspruch: Die Gewissensfreiheit in der Diskussion

„Conscience is a mother-in-law whose visit never ends“, hat *Henry Louis Mencken* einmal bemerkt.¹ Ob es ein „Muttergrundrecht“ gibt und wenn ja, welches der Grundrechte diese Bezeichnung verdient, mag an dieser Stelle dahinstehen.² Die Gewissensfreiheit jedenfalls ist das „Schwiegermuttergrundrecht“. Das wiederum erklärt die „ängstliche und argwöhnische Grundeinstellung“ der Exegeten, die sich um die „Entschärfung der Sprengkraft der Gewissensfreiheit“ bemühen.³ Das Kardinalproblem sieht man hierzulande darin, „in welchem Umfang eine Verfassung, die den Staat als demokratischen Rechtsstaat verfasst, diese Gewissensfreiheit, die sie gewährleisten will, zu gewährleisten in der Lage ist, ohne sich dadurch wiederum selbst infrage zu stellen“.⁴

* Überarbeitete und mit Nachweisen versehene Fassung eines Referats auf der Kirchenrechtslehrertagung 2013. Die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ *H. L. Mencken*, *A Mencken chrestomathy*, 1982, S. 626.

² Klassisch die Kontroverse zwischen *Georg Jellinek* und *Emile Boutmy* über die Religionsfreiheit als Mutter- bzw. Urgrundrecht, abgedruckt in *R. Schnur* (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964, S. 1–77, 78–112 u. 113–128; dazu bspw. *C. Walter*, *Religionsfreiheit*, in: *FS Paul Kirchhof*, 2013, § 133 Rdnr. 1; *O. Lepsius*, *Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA*, in: *Leviathan* 34 (2006), S. 321 (334 f.); *M. Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, 2006, S. 64–70.

³ *W. Kluth*, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze*, in: *FS Joseph Listl*, 1999, S. 215 (217); ähnliche Beobachtungen bereits bei *U. Steiner*, *Der Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit*, in: *JuS* 1982, S. 157 (161). Exemplarisch aus neuerer Zeit *C. Hillgruber*, *Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften*, in: *NVwZ* 2001, S. 1347 (1350) mit dem (so pauschal nicht zutreffenden) Vorwurf, in *BVerfGE* 102, 370 (391 f.) werde der Rechtsgehorsam von Religionsgemeinschaften in einer „gleichmaßen der Rechtssicherheit wie der Gleichheit vor dem Gesetz abträglichen“ Weise „unter einen ebenso vagen wie gefährlichen Vorbehalt ‚zu Gunsten ihres Gewissens und ihrer aus dem Glauben begründeten Entscheidungen‘“ gestellt.

⁴ *E.-W. Böckenförde*, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, in: *VVDStrL* 28 (1970), S. 33 (35 f.); ähnlich *U. Di Fabio*, *Gewissen, Glaube, Religion: Wandelt sich die Religionsfreiheit?*, 2. Aufl. 2012, S. 19: *Die Freiheit des Gewissens entbinde in einer legitimen Ordnung nicht vom Gehorsam gegenüber der staatlichen Rechtsordnung*,

Ganz anders, so jedenfalls scheint es, in den USA, wo die Gewissensfreiheit derzeit von unterschiedlichster Seite Zuspruch erhält.⁵ *Martha Nussbaum* wählt für ihre große Studie über die Geschichte der Religionsfreiheit in den USA den Titel „Liberty of Conscience“.⁶ *Robert George* holt in „Conscience and its Enemies“ zu einem Rundumschlag gegen die „Feinde“ der „sacred rights of conscience“ aus, die sich in den „Mantel der Wissenschaft“ hüllten, um ihre Gegner – etwa in Fragen von Ehe und Familie, des Embryonenschutzes und der Sterbehilfe – zu marginalisieren.⁷ *Lynn Stout* betont in „Cultivating Conscience. How Good Laws make Good People“ die Bedeutung des Gewissens als Motivator für altruistisches Handeln, die es zu kultivieren gelte: „It is time to take conscience [...] seriously as a powerful force that is essential to our economic, social, and political lives.“⁸ *Robert Vischer* arbeitet in „Conscience and the Common Good“ die relationale Dimension des Gewissens heraus und weist auf die zentrale Rolle von Institutionen für die Bildung von Gewissensüberzeugungen hin: „The viability of conscience requires venues in which we can connect with others around shared conceptions of moral truth.“⁹ *Brian Leiter* schließlich kann in „Why tolerate Religion?“ keinen Grund dafür finden, religiöse Überzeugungen stärker zu schützen als andere – wohl aber dafür, die Gewissensfreiheit, sei sie religiös oder nichtreligiös geprägt, in vertretbarem Umfang zu gewährleisten: „[I]ts selective application to the conscience of only religious believers is not morally defensible“.¹⁰

Für Leserinnen und Leser der Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht kommt *Leiters* Vorstoß, der die Gewissensfreiheit – in gewissen Grenzen –

die aber wiederum eine echte Gewissensentscheidung zu respektieren habe, ohne ihre eigene Gültigkeit aufzugeben.

⁵ Siehe allerdings – neben den im Text erwähnten Titeln – auch C. *Koonz*, *The Nazi conscience*, 2003.

⁶ *M. Nussbaum*, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, 2010; vgl. dazu *C. Polke*, *Gewissensfreiheit und Dissidentenschutz: Martha C. Nussbaums Verteidigung der amerikanischen Verfassungstradition*, in: *Evang. Theol.* 70 (2010), S. 262–277; *H. Goerlich*, *Religiöse Gewissensfreiheit, egalitäres Religionsrecht und Rechtspluralismus in Europa*, in: *Comparativ* 20 (2010), S. 104 (105–110); mit kritischerem Akzent – auch zum Buchtitel – etwa *R. Reyes*, *Conscience Reexamined: Liberty, Equality, and the Legacy of Roger Williams*, in: *HASTINGS CONST. L. Q.* 36 (2008), S. 1 (7–9).

⁷ *R. P. George*, *Conscience and its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, 2013, S. xii; geradezu martialisch der Klappentext des Buches: „Assaults on religious liberty and traditional morality are growing fiercer. Here, at last, is the counterattack.“

⁸ *L. A. Stout*, *Cultivating conscience: How good laws make good people*, 2011, S. 253.

⁹ *R. K. Vischer*, *Conscience and the common good: Reclaiming the space between person and state*, 2010, S. 97.

¹⁰ *B. Leiter*, *Why tolerate religion?*, 2013, S. 133; zu *Leiters* Konzeption etwa *A. M. Koppelman*, *No Respect: Brian Leiter on Religion*, 5.1.2010, Northwestern Public Law Research Paper No. 10-07, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1544484> (zuletzt eingesehen am 7.1.2014).

bejaht und die Religionsfreiheit hinterfragt, nicht überraschend. Im Gegenteil, genau davor warnte *Ulrich Scheuner* schon 1970 in seinem Bericht über die Berner Staatsrechtslehrertagung, auf der *Ernst-Wolfgang Böckenförde* und *Richard Bäuml* 1969 über die Gewissensfreiheit referiert hatten: Man werde anerkennen müssen, schrieb *Scheuner* damals, dass sich der Gedanke eines besonderen Rechts der Gewissensfreiheit über die Religionsfreiheit hinaus weitgehend durchgesetzt habe; unklar bleibe freilich ihr Verhältnis zur überlieferten Sinngebung des Art. 4 GG. Hier seien eindringliche Fragen noch zu stellen, um zu verhüten, dass sich die Religionsfreiheit verenge und ein anderes, verborgen weltanschaulich-säkular gefärbtes Gewissensrecht als herrschende und dann sogar intolerante Meinungsrichtung etabliere.¹¹

2. Die Gewissensfreiheit in Literatur und Rechtsprechung

Die Gewissensfreiheit steht heute nicht zum ersten Mal auf der Tagesordnung. Die Kammer für öffentliche Verantwortung der EKD hat 1997 die Thesenreihe „Gewissensentscheidung und Rechtsordnung“ vorgelegt, an der unter anderem *Hermann Barth*, *Axel von Campenhausen*, *Wilfried Härle* und *Eberhard Jüngel* mitgewirkt haben.¹² *Ernst Wolfgang Böckenförde*s Staatsrechtslehrerreferat,¹³ die Habilitationsschriften von *Matthias Herdegen*¹⁴ und *Martin Borowski*,¹⁵ Dissertationen wie die von *Klaus Schlaich* betreute Arbeit „Das Gewissen als Argument im Recht“ von *Fridtjof Filmer*,¹⁶ profunde Handbuchbeiträge,¹⁷ Kommentierungen,¹⁸ Lexikonartikel¹⁹ und Festschriftbeiträge, zuletzt *Hans Michael Heinig* in den „Leitgedanken des Rechts“, *Paul Kirchhof* gewidmet,²⁰ haben Maßstäbe gesetzt.²¹ *Niklas*

¹¹ *U. Scheuner*, Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit: Bericht v. d. Tagung d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer in Bern 1969, in: *ZevKR* 15 (1970), S. 242 (256).

¹² *Kirchenamt der EKD* (Hrsg.), *Gewissensentscheidung und Rechtsordnung*: Thesenreihe der Kammer für Öffentliche Verantwortung der EKD, 1997.

¹³ *Böckenförde* (Anm. 4).

¹⁴ *M. Herdegen*, *Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts*, 1989.

¹⁵ *Borowski* (Anm. 2).

¹⁶ *F. Filmer*, *Das Gewissen als Argument im Recht*, 2000.

¹⁷ *H. Bethge*, *Gewissensfreiheit*, in: *HdbStR*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158; *M. Herdegen*, *Gewissensfreiheit*, in: *HdbGrR*, Bd. IV, 2011, § 98; *ders.*, *Gewissensfreiheit*, in: *HdbStKR*, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 15.

¹⁸ Stellvertretend: *M. Morlok*, in: *Dreier*, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 4, Rdnr. 93–103; *S. Mückl*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 4 (Stand: 135. EL 2008), Rdnrn. 79–83, 110–113 u. 168; *S. Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 4 (Stand: 26. EL 2009), Rdnr. 60–76; *M. Germann*, in: *V. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2013, Art. 4, Rdnr. 86–99; *U. Mager*, in: *I. v. Münch* (Begr.)/*P. Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4, Rdnr. 51–65.

¹⁹ *M. Germann*, *Gewissensfreiheit*, HRG, Bd. II, 2. Aufl. 2009, Sp. 362–364.

²⁰ *H. M. Heinig*, *Gewissensfreiheit*, in: *FS Paul Kirchhof*, 2013, § 134.

²¹ Vgl. außer den bereits genannten Titeln etwa *R. Herzog*, *Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverknüchtigung*, in: *DVBl.* 84 (1969), S. 718–722; *D. Franke*, *Gewissensfreiheit und Demokratie: Aktuelle Probleme der Gewissensfreiheit*, in: *AöR*

Luhmanns Befund, wenn es ein Grundrecht gebe, das der juristischen Bearbeitung durch die Grundrechtsdogmatik entglichen sei, dann das der Gewissensfreiheit,²² mag 1965 zutreffend gewesen sein²³ – heute jedenfalls kann davon keine Rede mehr sein.²⁴

Die 1960 formulierte Definition des Bundesverfassungsgerichts, wonach „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung, 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“, als Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 GG anzusehen ist,²⁵ hat nicht nur *Siegfried Grundmann* als „flach“ und „vage“ kritisiert.²⁶ Gleichwohl lässt sich, wie die Rechtsprechung zeigt, offenbar durchaus mit ihren vier Kriterien „Individualität, Moralität, Existentialität und Plausibilität“²⁷ arbeiten.²⁸

Unter den einschlägigen aktuellen Entscheidungen finden sich Kuriositäten wie der Fall eines Call-Center-Agents, der sich sehr zum Verdruss seines Arbeitgebers stets mit den Worten „Jesus hat Sie lieb! Vielen Dank für Ihren Einkauf [...] und einen schönen Tag!“ von seinen Kunden zu verabschieden pflegte und deshalb – nach Ansicht des LAG Hamm zu Recht – entlassen wurde.²⁹ Das VG Berlin hob 2012 eine berufsrechtliche Untersagungsverfügung gegen einen Arzt auf, der Suizidbeihilfe geleistet hatte und wies darauf hin, dass eine Standesorganisation nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei ihren Anordnungen und Maßnahmen in gewissem Maße die Gewissensentscheidung eines Arztes respektieren

114 (1989), S. 7–45; *H.H. Rupp*, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, in: NVwZ 1991, S. 1033–1038; *K.-H. Kästner*, Individuelle Wissensbildung und normative Ordnung, in: ZevKR 37 (1992), S. 127–148; *S. Muckel*, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, in: NJW 2000, S. 689–692; *H. Otto*, Gewissensentscheidung und Rechtsgeltung, in: FS Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 21–39; *T. Würtenberger*, Gewissen und Recht, in: FS Peter Krause, 2006, S. 427–441; *S. Mückl*, Geistesgeschichtliche Grundlagen der Gewissensfreiheit, in: FS Herbert Bethge, 2009, S. 209–222; *U. Mager*, Die Gewissensfreiheit im liberalen Verfassungsstaat, in: GS Winfried Brugger, 2013, S. 559–569; ferner die Beiträge in *S. Schaede/T. Moos* (Hrsg.), Das Gewissen, im Erscheinen.

²² *N. Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AöR 90 (1965), S. 257.

²³ Vgl. zum damaligen Stand der Dogmatik die Angaben von *Luhmann* (Anm. 22), S. 257 in Fn. 1.

²⁴ Anders *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 110: die Einschätzung treffe „unverändert einen wahren Kern“.

²⁵ BVerfGE 12, 45 (55).

²⁶ *S. Grundmann*, Abhandlungen zum Kirchenrecht, 1969, S. 382; dass das BVerfG „seine liebe Not“ habe, „das Gewissen im grundrechtlichen Sinne auf den Begriff zu bringen“, notiert auch *J. Isensee*, Gewissen im Recht – Gilt das allgemeine Gesetz nur nach Maßgabe des individuellen Gewissens?, in: G. Höver/L. Honnefelder (Hrsg.), Der Streit um das Gewissen, 1993, S. 41 (51).

²⁷ Prägnant *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 79.

²⁸ Dass die Definition im wesentlichen Zustimmung erfahren habe, notieren auch *Mager* (Anm. 18), Rdnr. 51; *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 79: „weitgehend konsentiert[]“, fast schon als kanonisch geltend[]“.

²⁹ LAG Hamm, NZA-RR 2011, S. 640–644.

müsse, der sich in entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit in einer unvertretbaren Einsamkeit befinde, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt sei.³⁰ Ein bemerkenswert ausdauernder badischer Jagdgegner, der sich durch die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft in seinem Gewissen beschwert fühlte, erstritt in Straßburg eine Änderung des Bundesjagdgesetzes.³¹ Der Bundesfinanzhof hielt 2012 wieder einmal fest, dass die Pflicht zur Steuerzahlung den Schutzbereich der Gewissensfreiheit nicht einmal berühre,³² wobei die nachgehende Verfassungsbeschwerde gar nicht erst zur Entscheidung angenommen wurde.³³ Die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtzugehörigkeit zur Industrie- und Handelskammer beschäftigte in jüngster Zeit u. a. das VG Minden, das VG Darmstadt und den VGH Kassel, die deren unproblematische Vereinbarkeit mit der Gewissensfreiheit als hinreichend geklärt ansahen.³⁴ Das VG Ansbach³⁵ und das OLG Koblenz³⁶ bestätigten 2011 und 2012 übereinstimmend die Wirksamkeit von Taubenfütterungsverboten und verneinten eine Verletzung der Gewissensfreiheit, da es den Betroffenen unbenommen sei, sich auf sonst zulässige Art und Weise für den Tierschutz zu engagieren. Ernster wiederum ist eine Entscheidung des BGH, der 2010 einen Fachanwalt für Medizinrecht, der den Angehörigen einer Wachkomapatientin geraten hatte, deren PEG-Sonde durchzuschneiden, vom Vorwurf des versuchten Totschlags freisprach. In seiner Begründung führte der BGH aus, dass die Gewissensfreiheit weder der Heimleitung noch dem Pflegepersonal das Recht gebe, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen, hier durch künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr gegen den Willen der Wachkomapatientin.³⁷ Eine denkbare Lösung solcher Gewissenskonflikte, die praktische Konkordanz der betroffenen Rechtspositionen herzustellen sucht, wird

³⁰ VG Berlin, MedR 2013, S. 58–65.

³¹ BVerwG, NVwZ 2006, S. 92–94; BVerfG NVwZ 2007, S. 808–812; EGMR, AUR 2011, S. 396–404; EGMR, NJW 2012, S. 3629–3633; dazu C. Sailer, Der deutsche Jagdzwang auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: NuR 2012, S. 165–168; C. Maierhöfer, Jagdduldungszwang und Europäische Menschenrechtskonvention. Das Urteil Herrmann/Deutschland und seine Folgen, in: NVwZ 2012, S. 1521–1524; ders., Das Jagdrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention in der föderalen Normenhierarchie, in: NVwZ 2007, S. 1155–1158; BT-Plenarprotokoll 17/255, S. 28090–28096; BT-Drs. 17/12529 u. 17/12046; Gesetz zur Änderung jagdrechtlicher Vorschriften vom 29.5.2013, BGBl. I S. 1386 f.

³² BFH/NV 2012, S. 735–736.

³³ BVerfG, 1 BvR 570/12 vom 6.6.2012.

³⁴ VG Darmstadt, 7 K 1140/09 vom 15.12.2011; nachfolgend VGH Kassel, NVwZ-RR 2013, S. 878 (880); VG Minden, 2 K 1193/12 vom 7.3.2013, Rdnr. 43–45 unter Hinweis auf BVerwGE 107, 169–177 u. BVerwGE 122, 344–350.

³⁵ VG Ansbach, AN 5 K 10.011853 vom 14.7.2011.

³⁶ OLG Koblenz, 1 SsBs 105/12 vom 2.11.2012.

³⁷ BGHSt 55, 191–206.

in einer Entscheidung des Landgerichts Traunstein angedeutet: Einvernehmliche Umgestaltung oder Aufhebung des Heimvertrages oder letztlich seine Kündigung aus wichtigem Grund.³⁸ Schon etwas länger zurück liegt das umstrittene Urteil des BVerwG, mit dem ein Major vom Vorwurf des Dienstvergehens freigesprochen wurde, der sich unter Berufung auf sein Gewissen geweigert hatte, den Befehl seines Vorgesetzten auszuführen, an der weiteren Entwicklung eines militärischen Softwareprogramms mitzuwirken. Die durch das Soldatengesetz geforderte „gewissenhafte“ Befehlsausführung könne nur eine „die ethischen Grenzenmarken des eigenen Gewissens bedenkende“ sein, heißt es anerkennend in der Entscheidung aus dem Jahr 2005, und dann, sehr weitgehend und in dieser Allgemeinheit wohl kaum haltbar: „Die Erteilung eines militärischen Befehls steht unter einem entsprechenden Vorbehalt seiner Grundrechtskonformität.“³⁹

3. Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen

Als *Hans Martin Müller*⁴⁰ und *Heinrich Scholler*⁴¹ 1981 auf der Mitarbeitertagung dieser Zeitschrift über Fragen der Gewissensfreiheit referierten, stand das durch Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG besonders geschützte und durch Art. 12 a Abs. 2 Satz 3 GG konkretisierte Kriegsdienstverweigerungsrecht ganz im Zentrum der Diskussion. Dieses Thema, früher ein „Massenphänomen des Gewissens“,⁴² ist durch die Aussetzung der Wehrpflicht durch das Wehrrechtsänderungsgesetz 2011⁴³ weitgehend erledigt. Auf zwei Rechtsprechungsänderungen allerdings ist hinzuweisen.

a) Kriegsdienstverweigerung als Fall des Art. 9 Abs. 1 EMRK

Zum einen hat die Große Kammer des EGMR 2011 im Fall *Bayatyan gegen Armenien* mit 16:1 Stimmen entschieden, dass die Verurteilung eines Zeugen Jehovas wegen Wehrdienstverweigerung dessen in Art. 9 Abs. 1 EMKR gewährleistete Gewissens- und Religionsfreiheit verletze.⁴⁴ Eine feinsinnige Differenzierung zwischen diesen beiden Schutzgütern des Art. 9 EMRK unterbleibt wie so oft, bemerkenswert ist die Entscheidung aber gleichwohl, weil die vorbereitete Kammer des EGMR zwei Jahre zuvor noch mit 6:1 Stimmen entschieden hatte, dass Art. 9 EMRK nicht verletzt

³⁸ LG Traunstein, NJW-RR 2003, 221 (223).

³⁹ BVerwGE 127, 302 (321 f.).

⁴⁰ *H. M. Müller*, Das Grundrecht auf Gewissensfreiheit und die Toleranz gegenüber dem Kriegsdienstverweigerer im Lichte eines evangelischen Gewissensbegriffs, in: ZevKR 27 (1982), S. 1–20.

⁴¹ *H. Scholler*, Gewissen – Gewissensfreiheit – Kriegsdienst – Kriegsdienstverweigerung, in: ZevKR 27 (1982), S. 20–44.

⁴² *Franke* (Anm. 21), S. 9.

⁴³ Gesetz zur Änderung wehrrechtlicher Vorschriften vom 28.4.2011, BGBl. I S. 678.

⁴⁴ EGMR, NVwZ 2012, S. 1603–1609.

sei, weil Art. 4 Abs. 3 Buchstabe b EMRK dessen Anwendbarkeit auf Wehrdienstverweigerer einschränke.⁴⁵ Nach dieser Vorschrift gilt ein Ersatzdienst in den Ländern, wo die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist, nicht als verbotene Zwangsarbeit. Die Europäische Kommission für Menschenrechte, bis zum In-Kraft-Treten des 11. Protokolls zur EMRK im Jahr 1998 dem Gerichtshof gewissermaßen „vorgeschalet“,⁴⁶ hatte daraus in ständiger Rechtsprechung geschlossen, dass es den Mitgliedsstaaten nach der Konvention freistehe, Wehrdienstverweigerer anzuerkennen oder nicht – und dass Wehrdienstverweigerer wegen der spezielleren Regelung des Art. 4 EMRK nicht unter den Schutz von Art. 9 EMRK fielen.⁴⁷ Mit dieser Rechtsprechungstradition bricht der Gerichtshof nun überraschend, wobei er unter anderem auf die Weiterentwicklung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung im nationalen, supranationalen und internationalen Recht und den Charakter der Konvention als „living instrument“ verweist. Die *Travaux préparatoires* bestätigten, dass Art. 4 EMRK nur bezwecke, den Begriff der „Zwangs- und Pflichtarbeit“ näher zu bestimmen. Er selbst anerkenne weder ein Recht auf Wehrdienstverweigerung noch schließe er es aus. In Art. 9 EMRK sei zwar nicht ausdrücklich von einem Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen die Rede, die Vorschrift komme aber ins Spiel, wenn jemand, gestützt auf sein Gewissen oder tiefe und echte Glaubensüberzeugungen den Wehrdienst verweigere, was hier der Fall sei.⁴⁸ Die neue Rechtsprechung des EGMR kann, wie eine aktuelle Entscheidung des VG Regensburg zeigt,⁴⁹ auch hierzulande in verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedeutsam werden, weil nach § 60 Abs. 5 Aufenthaltsgesetz Ausländer nicht abgeschoben werden dürfen, soweit sich aus der EMRK ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist.

b) Kriegsdienstverweigerung durch Berufs- und Zeitsoldaten
im Sanitätsdienst

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich 2012 von einer ständigen Rechtsprechung verabschiedet und festgestellt, dass auch Berufs- und Zeitsoldaten im Sanitätsdienst der Bundeswehr vor Beendigung ihres Dienstverhältnisses ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren auf Anerkennung

⁴⁵ EGMR, Appl. Nr. 23459/03 vom 27.10.2009 – Bayatyan gegen Armenien.

⁴⁶ Vgl. C. Grabenvarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2012, § 6 Rdnr. 1.

⁴⁷ Zu dieser Rechtsprechung bereits kritisch („erhebliche Eingrenzung der Gewissensfreiheit [...] alles andere als zwingend“) N. Blum, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 162–165.

⁴⁸ EGMR, NVwZ 2012, S. 1603 (1605–1609).

⁴⁹ VG Regensburg, RO 8 K 12.30145 vom 20.2.1013.

als Kriegsdienstverweigerer haben.⁵⁰ Bisher hatten diese Soldaten zunächst einen Antrag auf Dienstentlassung wegen besonderer Härte stellen und die Entscheidung der Wehrverwaltung abwarten müssen, bevor sie ein Verfahren auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer betreiben konnten. Das Bundesverwaltungsgericht betont in dieser Entscheidung unter anderem, dass die von einem Soldaten abgegebene Dienstverpflichtung keinesfalls als unwiderruflicher Verzicht auf die Wahrnehmung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen interpretiert werden dürfe, und es erkennt an, dass sich auch während eines freiwillig eingegangenen Dienstes ein Gewissenswandel ergeben kann – der Kläger war unter anderem in Kunduz und Prizren eingesetzt gewesen –, dem Rechnung zu tragen ist.⁵¹

II.

Gewissenseinandersetzungen in der Gesellschaft

1. Gewissenseinandersetzungen als Übergangsphänomene

Gewissenseinandersetzungen sind Indikatoren für die Vitalität einer Gesellschaft, die um Maßstäbe ringt und das Aufeinandertreffen von Wahrheitsansprüchen nicht scheut. Sie sind Indikator für die Freiheitlichkeit einer Gesellschaft, die Maßstäbe nicht autoritativ vorgibt, sondern auf den Diskurs setzt. „Was Diktaturen – religiöse und areligiöse – schlechterdings nicht ertragen können, ist ein sich auf sein Gewissen berufender Mensch. Das spricht für das Gewissen“, hat *Eberhard Jüngel* einmal trocken bemerkt.⁵² Gewissenseinandersetzungen zeigen gesellschaftlichen Wandel an, begleiten ihn und bewirken Veränderungen. Sie sind Übergangsphänomene. Wo früher um Rüstung, Krieg und Frieden, den Schutz von Tieren und der Umwelt, die friedliche Nutzung der Atomenergie, den Schutz des ungeborenen Lebens und das Selbstbestimmungsrecht der Frau gerungen wurde, erregt heute vor allem der Umgang mit gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften die Gemüter.⁵³ Die Debatten der französische Nationalversammlung über die „Marriage pour tous“, die am 17. Mai 2013 mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare endeten,⁵⁴ wurde von allabendlichen Protesten der „veilleurs“

⁵⁰ BVerwGE 142, 48–58.

⁵¹ BVerwGE 142, 48 (56).

⁵² *E. Jüngel*, Gewissen – was ist das? Zur theologischen Bestimmung der Funktion und der Grenzen des Gewissens, in: FS Jochen F. Kirchhoff, 2002, S. 351 (352).

⁵³ Siehe dazu im Überblick *K. Yoshino/M. Kavey*, Immodest Claims and Modest Contributions: Sexual Orientation in Comparative Constitutional Law, in: *M. Rosenfeld/A. Sajó* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 1079–1098; *M.J. Perry*, Human Rights in the Constitutional Law of the United States, 2013, S. 136–157.

⁵⁴ Loi n° 2013–404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes

vor dem Pariser Invalidendom und andernorts begleitet, einer Gruppe meist junger Französischen und Franzosen, sich als „Wächter“ über eine Gesellschaft verstehend, die ihre christlich-abendländischen Werte zu vergessen drohe.⁵⁵ Auch die Debatten in Neuseeland, das 2013 als erstes Land in der Asien-Pazifik-Region die Ehe für gleichgeschlechtliche Partnerschaften eingeführt hat, waren hitzig, wie das Protokoll der 3. Lesung der „Marriage (Definition of Marriage) Amendment Bill“ vom 17. April 2013 eindrucksvoll dokumentiert.⁵⁶ Wie heikel akademische Gewissensauseinandersetzungen verlaufen können, zeigt die von persönlichen Anfeindungen nicht freie Kontroverse zwischen dem südafrikanischen Verfassungsrichter Edwin Cameron und dem bereits erwähnten amerikanischen Rechtsphilosophen Robert George, die 2012 auf einer Tagung in Oxford aufeinandertrafen und einander glaubhaft versicherten, wie sehr sie die Position des jeweils anderen kränke und verletze: den einen die Verurteilung aller sexuellen Handlungen außerhalb der traditionellen Ehe als moralisch falsch, den anderen die Gleichsetzung des Eintretens für das traditionelle Eheverständnis und die Ablehnung der Legalisierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mit etwas so Abscheulichem wie der Apartheid.⁵⁷

2. Die Gewissensfreiheit als „Kollisionsnorm“

Der Staat kann Gewissensauseinandersetzungen schon deshalb nicht ausweichen, weil er als Akteur und Moderator auf vielfältige Weise in sie verstrickt ist: Viele Gewissensüberzeugungen sind als „self-evident truths“ in seine Verfassung eingegangen und für ihn nicht verhandelbar, andere bestimmen das Handeln der politischen Akteure und werden, wo sich entsprechende Mehrheiten finden, zu rechtlich verbindlichen Vorgaben. Weiter ist er als Schlichter in Gewissensauseinandersetzungen zwischen Privaten gefordert, etwa dann, wenn Weisungen des Arbeitgebers auf Gewissensbedenken des Arbeitnehmers treffen oder der Patientenwille ärztlichen und pflegerischen Gewissensüberzeugungen widerstreitet. Die Gewissensfreiheit bestimmt und begrenzt hierbei das staatliche Handeln: Sie fordert die Vermeidung vermeidbarer Gewissenskonflikte und die gewissenschonende Befriedung unvermeidbarer Gewissenskonflikte. Als „Kollisionsnorm“⁵⁸ wirkt sie in einem Staat, der „Heimstatt aller Staatsbürger ohne Ansehen

de même sexe, Journal officiel de la République française, Nr. 0114 vom 18.5.2013, S. 8253 ff.

⁵⁵ Vgl. *Michaela Wiegel*, Jung, konservativ, dagegen, FAZ vom 23.4.2013, S. 6.

⁵⁶ New Zealand Parliament, Parliamentary Debates (Hansard), Bd. 689, S. 9482 ff.

⁵⁷ *E. Cameron*, Dignity and Disgrace: Moral Citizenship and Constitutional Protection, in: C. McCrudden (Hrsg.), *Understanding Human Dignity*, 2013, S. 467–482; *R. P. George*, Response to Tollefsen and Cameron, ebd., S. 501–508.

⁵⁸ *Filmer* (Anm. 16), S. 235–248.

der Person“ sein will,⁵⁹ integrativ.⁶⁰ Sie ist auch im sich als religiös-weltanschaulich neutral verstehenden Staat keineswegs überholt.⁶¹

III.

Gewissensfreiheit im Recht

1. „Gewissen“ und „Gewissensfreiheit“ als Rechtsbegriffe

Den Begriff „Gewissensfreiheit“ habe ich bisher, als sei das ganz selbstverständlich, als Bezeichnung für das in Art. 4 GG bzw. Art. 9 EMRK gewährleistete, von der Religionsfreiheit zu unterscheidende Grund- und Menschenrecht verwendet. Nun ist das ein ganz bestimmtes Verständnis von Gewissensfreiheit, und natürlich steht der Begriff nicht nur dafür. Die „Gewissensfreiheit“ ist mehr als ein Rechtsbegriff und selbst als Rechtsbegriff mehrdeutig und einem steten Bedeutungswandel unterworfen.⁶² Ein Beispiel dafür ist die unbeschränkte Gewissensfreiheit, die die Bremischen Gemeinden nach der dortigen Kirchenverfassung⁶³ genießen: Was auch immer diese kirchenverfassungsrechtlich garantierte Gewissensfreiheit ist,⁶⁴ sie ist offensichtlich etwas ganz anderes als das grundgesetzlich garantierte Individualgrundrecht. Beim Umgang mit rechtlichen Regelungen über die Gewissensfreiheit ist entscheidend, in welchem Kontext die Begriffe Gewissen bzw. Gewissensfreiheit stehen, auf welche Unrechtserfahrungen, Bedürfnisse oder Erkenntnisse sie Bezug nehmen und welche Bedeutung den Begriffen in diesem Kontext beigelegt ist. Erst in einem zweiten Schritt können interdisziplinäre Überlegungen hilfreich sein, etwa, wenn sich erweisen

⁵⁹ BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299).

⁶⁰ Vgl. – Gewissensvorbehalte als Ausdruck von Toleranz deutend – *Y. Nehushtan*, What Are Conscientious Exemptions Really About?, in: *Oxford Journal of Law and Religion* 2 (2013), S. 393–416.

⁶¹ So mit Recht – u. a. auf die von konservativen amerikanischen Christen 2009 veröffentlichte „Manhattan Declaration. A Call for Christian Conscience“ hinweisend (abrufbar unter http://manhattandecclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf, zuletzt eingesehen am 7.1.2014) – *S. D. Smith*, The Phases and Functions of Freedom of Conscience, in: *J. Witte/M. Green* (Hrsg.), *Religion and Human Rights: An Introduction*, 2012, S. 155 (166 f.).

⁶² So bereits *G. Birtsch*, Einleitung: Die Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte als Gegenstand der Forschung, in: ders. (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981, S. 11 (17): „Ein Begriff wie Gewissensfreiheit kann im Zuge der Zeit und im Kontext des historischen Raumes ebenso eine andere Bedeutung annehmen wie im Umfeld unterschiedlicher theologischer, philosophischer oder juristischer Texte.“ Ähnlich *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 9.

⁶³ § 1 Abs. 2 Satz 1 Verf.BEK: „Die Glaubens-, Wissens- und Lehrfreiheit der Gemeinden bleibt unbeschränkt.“

⁶⁴ Siehe dazu etwa *J. Müller-Volbehr*, Die Autonomie der Kirchengemeinden im Bremischen Kirchenverfassungsrecht, in: *ZevKR* 32 (1987), S. 612 (613–616) und bereits *R. Smend*, Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht, in: *ZevKR* (1954), S. 113 (124 f.).

lässt, dass der Begriff auf eine psychologische Gegebenheit verweist, an eine bestimmte moralphilosophische Tradition anknüpft, eine Rechtstradition oder eine spezifisch theologische Begriffsbildung aufnimmt.

2. Die Gewissensfreiheit des Grundgesetzes

Dies gilt auch für Art. 4 Abs. 1 GG. Rechtsvergleichende Überlegungen stoßen an Grenzen, weil sich die schon für das Deutsche zu konstatierende Bedeutungsvielfalt auch andernorts, etwa im angloamerikanischen Sprachraum findet, wie die eingangs erwähnten Titel zeigen: *Martha Nussbaum* etwa versteht unter „conscience“ die Begabung des Menschen, nach dem Sinn des Lebens zu suchen und Sehnsucht nach diesem Lebenssinn zu haben,⁶⁵ *Lynn Stout* den inneren Antrieb, der Menschen zu selbstlosem, altruistischem Handeln motiviert,⁶⁶ und so weiter. Dementsprechend unterschiedlich sind die Rechtsfragen, die sich in Bezug auf die so bezeichneten Gegenstände stellen, und dementsprechend behutsam muss man vorgehen, wenn man Überlegungen dieser und anderer Autoren beispielsweise für die Deutung des Art. 4 Abs. 1 GG fruchtbar machen möchte, wo mit „Gewissen“ vielleicht etwas ähnliches, aber nicht dasselbe bezeichnet wird. Man hat sich dem Dilemma zu stellen, „dass hier eine genuin außerrechtliche Sache zu definieren ist, die nicht bereits vorab begriffliche Identität und Kontur aufweist.“⁶⁷

a) Entstehungsgeschichtliche Annäherung

Die Materialien zu Art. 4 GG sind, was die Gewissensfreiheit angeht, nicht allzu ergiebig. Bemerkenswert ist allerdings, dass sich schon im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf,⁶⁸ in *Ludwig Bergsträssers* „Katalog der Grundrechte“⁶⁹ und in der ersten vom Ausschuss für Grundsatzfragen beschlossenen Fassung des entsprechenden Artikels neben „Glauben“ und „Gewissen“ auch die „Überzeugung“ als Schutzgut der Vorschrift findet: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und der Überzeugung ist unverletzlich.“⁷⁰ *Helene Weber*, die diesen Vorschlag als Mitglied eines kleinen

⁶⁵ *Nussbaum* (Anm. 6), S. 169.

⁶⁶ *Stout* (Anm. 8), S. 6 f.

⁶⁷ *Isensee* (Anm. 26), S. 46.

⁶⁸ Art. 6 Abs. 1 HChE, hier zitiert nach *Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle*, Bd. 2, *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, 1981, S. 580: „Glaube, Gewissen und Überzeugung sind frei.“

⁶⁹ Art. 16 Abs. 1 des „Katalog[s] der Grundrechte, Anregungen von Dr. Bergsträsser als Berichterstatter“: „Glaube, Gewissen und Überzeugung sind frei.“, hier zitiert nach *Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle*, Bd. 5, *Ausschuss für Grundsatzfragen*, 1993, S. 21.

⁷⁰ *Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle*, Bd. 7, *Entwürfe zum Grundgesetz*, 1995, S. 3.

Redaktionskomitees präsentierte, wies unwidersprochen darauf hin, dass der gesonderte Schutz der Überzeugung erforderlich sei, um „auch moralische Grundsätze und Überzeugungen“ einzubeziehen. Die „Beschränkung auf Glaube und Gewissen“ genüge nicht ganz.⁷¹ Das zeigt einerseits, wie sehr Glaube und Gewissen noch als Einheit gedacht wurden, und andererseits, dass nicht nur der Schutz glaubensmäßig-religiös geprägter Gewissensüberzeugungen intendiert war.

In späteren Fassungen hielt man dann aber, einem nicht näher begründeten Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses folgend,⁷² den gesonderten Schutz der Überzeugung für entbehrlich. Der Abgeordnete *Dr. Eberhard* pflichtete dem Staatsrechtler *Richard Thoma* bei, der die erste Fassung kritisiert hatte:⁷³ Die Freiheit der Überzeugung, die man im Kopf habe, könne einem sowieso nicht genommen werden.⁷⁴ *Adolf Süsterhenn* wies ferner darauf hin, dass die „allgemeine Gedankenfreiheit“ vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst sei.⁷⁵ Man wird aus der einvernehmlichen Streichung der „Überzeugung“ als ausdrücklich benanntem Schutzgut der Vorschrift – so *Heinrich Scholler* mit Recht – nicht schließen dürfen, dass nichtreligiöse ethisch-moralische Überzeugungen nicht grundrechtlich geschützt werden sollten.⁷⁶ Vielmehr ist insbesondere die Diskussionen des an die Vorschrift angefügten Absatzes über die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen ein starkes Indiz dafür, dass sich allmählich die Überzeugung Bahn brach, dass sich mit dem Begriff des Gewissens auch nichtreligiös geprägte ethisch-moralische Überzeugungen erfassen ließen. *Theodor Heuss*, der einen „Massenverschleiß des Gewissens“ fürchtete,⁷⁷ konnte sich mit seinem Vorschlag, die Frage der Kriegsdienstverweigerung nicht generell, sondern lediglich gesetzlich für die betreffenden Religionsgemeinschaften zu regeln, wie das in der angelsächsischen Welt für die Quäker, die Mennoniten usw. geschehen sei, nicht durchsetzen:⁷⁸ Auch

⁷¹ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 69), S. 109.

⁷² Art. 7 Abs. 1 der „Stellungnahme des allgemeinen Redaktionsausschusses zu den Formulierungen der Fachausschüsse, Stand vom 10.11. bis 5.12.1948“: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses ist unverletzlich.“, hier zitiert nach *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 70), S. 38.

⁷³ *R. Thoma*, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs vom 25.10.1948, hier zit. nach *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 69), S. 363.

⁷⁴ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 69), S. 622; gegen diese auch heute noch bisweilen vertretene Auffassung mit Recht *Kluth* (Anm. 3), S. 225 – der Schutz des forum internum sei „alles andere als ein Relikt der Vergangenheit“.

⁷⁵ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 69), S. 622.

⁷⁶ *H.J. Scholler*, Die Freiheit des Gewissens, 1958, 114.

⁷⁷ *Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), Der parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 14, Hauptausschuss, 2009, S. 1326.

⁷⁸ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 77), S. 1326 f.

individuelle Gewissensentscheidungen sollten – ganz bewusst, nach einer Zeit des „Massenschlaf[s] des Gewissens“⁷⁹ – geschützt werden.

Zu beachten ist auch, dass die Gewissensfreiheit im Laufe der Beratungen textlich von der Glaubensfreiheit abgesetzt wurde. Die in zweiter Lesung des Hauptausschusses beschlossene Fassung des Artikels lautete: „Die Freiheit des Glaubens und des Gewissens wie die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“⁸⁰ Noch deutlicher, auf das „des“ vor „Gewissens“ verzichtend, formulierte der allgemeine Redaktionsausschuss in seiner Stellungnahme zu dieser Fassung: „Die Freiheit des Glaubens und Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“⁸¹ Hier steht das Gewissen immer noch ganz im Kontext des Glaubens, ohne dass das Verhältnis der beiden Schutzgüter zueinander restlos geklärt war. Erst der Fünferausschuss machte in seinen Änderungsvorschlägen für die dritte Lesung des Grundgesetzes im Hauptausschuss aus der Zweiteilung der Vorschrift eine Dreiteilung und gab ihr damit die uns vertraute Fassung: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses ist unverletzlich.“⁸²

Die „Freiheit des Gewissens“ findet sich im Grundgesetz nicht mehr – wie noch in der Weimarer Reichsverfassung – im Abschnitt über Religion und Religionsgesellschaften, sondern im Grundrechtsabschnitt, und sie findet sich dort auch nicht mehr nur als bloßer Zusatz zur Glaubensfreiheit wie im dortigen Art. 135 („Alle Bewohner des Reichs genießen volle Glaubens- und Gewissensfreiheit.“), wo sie nach *Gerhard Anschütz* keinerlei eigenständige Bedeutung hatte, sondern im Verbund mit der Glaubensfreiheit das „Mindestmaß der Religionsfreiheit“, nämlich die „Freiheit einen beliebigen religiösen Glauben zu haben oder auch keinen zu haben“, gewährleistete.⁸³ Sie wird textlich von der Glaubensfreiheit abgesetzt und dadurch – so *Roman Herzog* 1969 in einem wichtigen Aufsatz – aus dieser Verbindung gelöst:⁸⁴ „Die Gewissensfreiheit ist unverletzlich.“ Sie ist keine en passant miterwähnte „Und-Freiheit“ mehr, sondern erstmals ein eigenständiges

⁷⁹ So der Abg. *Eberhard* in der 43. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 77), S. 1327.

⁸⁰ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 70), S. 206 (linke Spalte).

⁸¹ *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 70), S. 206 (rechte Spalte).

⁸² *Bundestag/Bundesarchiv* (Anm. 70), S. 306 (Stand vom 31.1.1943 bis 5.2.1949) u. S. 340 (Stand vom 5.2.1949; so beschlossen in der dritten (*Bundestag/Bundesarchiv* [Anm. 70], S. 398) und vierten (*Bundestag/Bundesarchiv* [Anm. 70], S. 533) Lesung des Hauptausschusses und bestätigt in der zweiten (*Bundestag, Bundesarchiv* [Anm. 70], S. 572) und dritten (*Bundestag/Bundesarchiv* [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 9, Plenum, 1996, S. 586) Lesung des Plenums des Parlamentarischen Rates.

⁸³ *G. Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933 (1987), Art. 135 Anm. 3 f.

⁸⁴ *Herzog* (Anm. 21), S. 718.

Grundrecht, das auch nichtreligiös geprägte Überzeugungen erfasst, wobei seine genaue Bedeutung zu klären bleibt.

b) Historische Erwägungen

Historische Überlegungen, wie sie vor allem *Heinrich Scholler* angestellt hat,⁸⁵ helfen dabei, weil das Grundgesetz die Gewissensfreiheit aus der jahrhundertealten Bindung mit der Glaubensfreiheit löst und damit mit einer Tradition bricht, nur bedingt weiter: Das Compositum „gewissens-freiheit“, zunächst noch mit Bindestrich in der Mitte, findet sich im Deutschen erstmals 1661 in einer Schrift über Karl II. von England,⁸⁶ verfasst von *Philipp von Zesen*.⁸⁷ Wo er das Wort „Gewissensfreiheit“ verwendet, steht im englischen Original, der „Declaration of Breda“, der Begriff „indulgence“, also „Nachsicht“.⁸⁸ Er steht damit für die Zusage des wenig später reinstalleden englischen Exilkönigs, „dass niemand wegen misshaelliger meinung in glaubens-sachen/sofern sie den Frieden des Königreichs nicht verletzen/sol angefochten/oder vor recht gezogen werden“.⁸⁹

Hier steht die „Gewissensfreiheit“ also – noch reichlich unbestimmt – für das Mindestmaß des den Untertanen gewährten Freiraums in Religionsfragen, das hierzulande nach dem Augsburger Religionsfrieden 1555 bekanntlich⁹⁰ nur, aber immerhin in der Auswanderungsfreiheit bestand⁹¹ und erst mit dem Westfälischen Frieden 1648 zur Sicherung der ungestörten Hausandacht „conscientia libera“ erweitert wurde,⁹² allerdings nur für Katholiken und Augsburger Konfessionsverwandte. Dieses Recht ist hierzulande der Ausgangspunkt für spätere verfassungsrechtliche Garantien der Gewissensfreiheit. Lange Zeit, ganz deutlich beispielsweise in der Verfassung des Königreichs Bayern 1818,⁹³ steht die „Gewissensfreiheit“ in den deutschen Rechtsquellen für die geringste Stufe der Kultusfreiheit, ganz ähnlich übri-

⁸⁵ *Scholler* (Anm. 76), S. 13 ff.; vgl. auch *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 11–30.

⁸⁶ *P. v. Zesen*, Die verschmähet, doch wieder erhöhet Majestäht [...], 1661, S. 345.

⁸⁷ Zu dessen Leben und Werk zuletzt ausführlicher *F. van Ingen*, *Philipp von Zesen in seiner Zeit und seiner Umwelt*, 2013.

⁸⁸ Abgedruckt bei *A. Rudrum/J.L. Black/H.F. Nelson* (Hrsg.), *The Broadview anthology of seventeenth-century verse & prose*, 2000, S. 966.

⁸⁹ *Zesen* (Anm. 86), S. 345.

⁹⁰ Zur Geschichte der Religionsfreiheit in Deutschland zuletzt – statt aller – *H. Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität: Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, 2013, S. 16–24 m. umfangr. Nachw.

⁹¹ § 24 Augsburger Reichsabschied vom 25.9.1555, abgedruckt bei *A. Buschmann* (Hrsg.), *Kaiser und Reich: Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten*, 2. Aufl. 1994, Teil 1, S. 215–283.

⁹² § 34 Osnabrücker Friedensvertrag vom 24.10.1648, abgedruckt bei *Buschmann* (Anm. 91), Teil 2, S. 11–106.

⁹³ § 9 der Verfassung des Königreichs Bayern vom 6.5.1818, (auszugsweise) abgedruckt bei *E.R. Huber/W. Huber* (Hrsg.), *Staat und Kirche vom Ausgang des alten Reichs bis zum Vorabend der bürgerlichen Revolution*, Bd. I, 2. Aufl. 1990, S. 127 f.

gens wie in Frankreich und den Niederlanden.⁹⁴ Die Zwillingsformel von der „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ findet sich bereits im allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794⁹⁵ und später in der Paulskirchenverfassung 1849.⁹⁶ Über diese Tradition gelangt die Gewissensfreiheit schließlich als „Und-Freiheit“ ohne greifbare eigenständige Bedeutung auch in die Weimarer Reichsverfassung.

c) Anknüpfen an die anglo-amerikanische Rechtstradition

Möglicherweise lässt sich aber bei ihrer Deutung an andere Rechtstraditionen anknüpfen, etwa an das erste „Agreement of the People“ der englischen „Levellers“ 1647, wo die Forderung nach Freiheit der Glaubensausübung mit den „dictates of conscience“ begründet wird.⁹⁷ Die „freedom of conscience“, die dann Eingang findet in zahlreiche Verfassungen ehemaliger nordamerikanischer Kolonien, ist nichts anderes als die freie Glaubensausübung nach Maßgabe eben dieser „dictates of conscience“. ⁹⁸ Der Gedanke findet sich auch bei *Thomas Jefferson* und *James Madison*, die die Religionsfreiheit übereinstimmend als Recht verstehen, die eigene Religion nach den „dictates of conscience“ zu praktizieren, und nicht als Recht, seinen Glauben frei zu wählen.⁹⁹ Allein Gott steht es nach *Jefferson* zu, frei zu wählen; was Menschen glauben, steht dagegen nicht in ihrem Willen. Seinen Glauben kann ein Mensch nicht aufgeben, selbst wenn er es wollte, argumentiert *Madison*, denn der Glaube ist gerade keine Sache des Willens. „Where conscience dictates, choice decides“, fasst *Michael Sandel* den Standpunkt der beiden zusammen: Gewissensfreiheit, so verstanden, ist das Recht, eine Pflicht zu erfüllen – „the right to perform a duty“.¹⁰⁰ Katholische Juristen wie *Robert George* zitieren in diesem Zusammenhang gern den „Letter to the Duke of Norfolk“ aus dem Jahr 1875 von *John Henry Newman*, in dem es prägnant heißt: „Conscience has rights because it has duties.“ –

⁹⁴ Dazu näher *Herdegen* (Anm. 14), S. 74 f.

⁹⁵ Teil II, Titel 11, § 2 des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten vom 5.2.1794, (auszugsweise) abgedruckt bei *Huber/Huber* (Anm. 93), S. 3–11.

⁹⁶ Abschnitt VI., Artikel V., § 144 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28.3.1849, (auszugsweise) abgedruckt bei *Huber/Huber* (Anm. 93), Bd. II, 1976, S. 33 f.

⁹⁷ Abgedruckt u. a. bei *N. Key/R. O. Bucholz* (Hrsg.), *Sources and debates in English history 1485–1714*, 2009, S. 186–188; die einschlägige Passage lautet: „That matters of religion and the ways of God’s worship are not at all entrusted by us to any human power, because therein we cannot remit or exceed a tittle of what our consciences dictate to be the mind of God without wilful sin: nevertheless the public way of instructing the nation (so it be not compulsive) is referred to their discretion.“

⁹⁸ Vgl. *Herdegen* (Anm. 14), S. 76 f.

⁹⁹ Dies und das Folgende nach *M.J. Sandel*, *Democracy’s Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, 1998, S. 65 ff.

¹⁰⁰ *Sandel* (Anm. 99), S. 67; ausführlicher *ders.*, *Religious Liberty – Freedom of Conscience or Freedom of Choice?*, in: *Utah Law Review* 44 (1989), S. 597–616.

„Das Gewissen hat Rechte, weil es Pflichten hat.“¹⁰¹ „Gewissensfreiheit im wahren Sinne des Wortes“, betont auch der Berner Kirchengeschichtler *Heinrich Hoffmann* 1932, den subjektivistischen Missbrauch des Begriffs kritisierend, „hat mit normen- und bindungsloser Denkart nichts zu tun. Sie verlangt Freiheit dafür, einem verpflichtenden Sollen zu folgen, sie ist aus tiefstem Verpflichtungsgefühl geborene Freiheit.“¹⁰²

d) Gewissensfreiheit als Freiheit, einem als verpflichtend empfundenen Sollen zu folgen

Dieses Gewissensverständnis – „Conscience has rights because it has duties.“ – prägt – losgelöst von Glaubensfragen – die bereits erwähnte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach als Gewissensentscheidung „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung“ anzuerkennen ist, „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“.¹⁰³ Mit „Not, Ernst, Unbedingtheit, sittliche Verbindlichkeit“ weist das Gewissen „auch in seiner nicht mehr religiös determinierten Gestalt formale Merkmale des religiösen Gewissens“ auf.¹⁰⁴ So verstanden gewinnt die Gewissensfreiheit die ihr zuge dachte eigenständige Bedeutung neben der Religionsfreiheit: Die Pflichten, die als unbedingt bindend erfahren werden, müssen nicht unbedingt religiöse Pflichten sein, um ihren Schutzbereich zu eröffnen. Aber auch Gläubigen steht der Schutzbereich des Grundrechts offen – dann nämlich, wenn religiöse Pflichten innerlich als unwiderstehlich, zwingend, die personelle Identität bedingend empfunden werden. Die Gewissensfreiheit schützt Gläubige in dieser Situation tendenziell stärker, als es die Religionsfreiheit tut, deren Schutzbereich dafür weiter ist und auch die Lebensführung nach religiösen Überzeugungen umfasst, die – so das Bundesverfassungsgericht in der Gesundheitsentscheidung – „für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen“, da sich „andernfalls [...] das Grundrecht der Glaubensfreiheit sich nicht voll entfalten“ könnte.¹⁰⁵

¹⁰¹ *George* (Anm. 7), S. 111; das protestantische Pendant bei *Smith* (Anm. 61), S. 164: „Luther, after all, did not declare, ‚here I chose to stand‘, but rather ‚I can do no other‘. Dissolving conscience into autonomy turns conscience on its head and deprives it of its justification for special respect.“

¹⁰² *H. Hoffmann*, *Reformation und Gewissensfreiheit*, 1932, S. 3.

¹⁰³ BVerfGE 12, 45 (55).

¹⁰⁴ *Isensee* (Anm. 26), S. 51.

¹⁰⁵ BVerfGE 32, 98 (106 f.).

3. Die neuere Rechtsprechung des EGMR zur Gewissensfreiheit

a) Eweida u. a. gegen das Vereinigte Königreich

Die damit mögliche und gebotene Unterscheidung von Glaubens- und Gewissensfreiheit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, wie die Richter *Vučinić* und *De Gaetano* in ihrem Sondervotum mit Recht kritisieren, in seiner Entscheidung Eweida u. a. gegen das Vereinigte Königreich vom 15. Januar 2013¹⁰⁶ nicht hinreichend bedacht.¹⁰⁷ In der Entscheidung ging es um vier gläubige Christinnen und Christen, die mit Billigung der britischen Gerichte ihren Arbeitsplatz verloren hatten – zwei von ihnen wegen des Tragens von Kreuzen unter Verstoß gegen Bekleidungs Vorschriften des Arbeitgebers, die beiden anderen wegen ihrer Weigerung, gleichgeschlechtliche Paare zu verpartnern bzw. zu beraten. Die ersten beiden Fälle sind klassische Religionsfreiheitsfälle, in denen der fraglos religiös grundierte, aber nicht als unbedingt bindend empfundene Wunsch der Arbeitnehmerinnen, durch das sichtbare Tragen eines Kreuzes zur Dienstkleidung auch am Arbeitsplatz den Glauben zu bezeugen, gegen die berechtigten Interessen des jeweiligen Arbeitgebers abzuwägen war. Die beiden anderen Fälle, vom EGMR ebenfalls als Religionsfreiheitsfälle abgehandelt, betrafen im Kern die Gewissensfreiheit, die auch nach der EMRK vorbehaltlos gewährleistet wird. Sowohl die Standesbeamtin *Lilan Ladele* als auch der Paar- und Sexualtherapeut *Gary McFarlane* hatten vor den Britischen Gerichten und dem EGMR vorgetragen, aus zwingenden religiösen Gründen nicht tun zu können, was ihr Arbeitgeber von ihnen forderte, nämlich: gleichgeschlechtliche Paare zu verpartnern bzw. sexualtherapeutisch zu betreuen.

Während der Sexualtherapeut *Gary McFarlane* den ihn plagenden Gewissenskonflikt durch eigenes Zutun mit heraufbeschworen hatte und deshalb vor den Britischen Gerichten und auch vor dem EGMR unterliegen musste,¹⁰⁸ lag der Fall der Standesbeamtin *Lilian Ladele* anders: Frau *Ladele* teilt die Ansicht vieler Christen, dass Ehe nur die lebenslange Gemeinschaft von Mann und Frau ist und dass gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften gegen Gottes Wort und Gebot verstoßen. Deshalb setzte sie sich zur

¹⁰⁶ EGMR, Appl. Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 u. 36516/10 vom 15.1.2013 – Eweida u. a. gegen das Vereinigte Königreich. Die Entscheidung der Kammer ist nach Art. 44 Abs. 2 Buchstabe c EMRK endgültig, da der Ausschuss der Großen Kammer den Antrag der Beschwerdeführer auf Verweisung an die Große Kammer nach Art. 43 EMRK mit Beschluss vom 27.5.2013 abgelehnt hat.

¹⁰⁷ Siehe dazu ausführlicher C. Goos, „Dignity for all“ – Warum sich der EGMR zumindest den Fall *Ladele* noch einmal vornehmen sollte, in: BRJ 2013, S. 36–38; K. Pabel, Das Grundrecht der Religionsfreiheit im Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des EGMR, in: FS Brünner, 2014, im Erscheinen.

¹⁰⁸ Siehe dazu näher EGMR (Anm. 106), Rdnrn. 31–40 u. 107–110; zur Problematik allgemein *Mager* (Anm. 18), Rdnr. 54.

Wehr, als ihr nach Inkrafttreten des Civil Partnership Act 2004¹⁰⁹ wie allen Standesbeamtinnen des London Borough of Islington auch die Zuständigkeit für Verpartnerungen übertragen wurde. Zunächst wurde ihr informell gestattet, mit Kolleginnen zu tauschen, um solche Zeremonien nicht durchführen zu müssen, dann aber beschwerten sich zwei homosexuelle Kollegen über das ihrer Ansicht nach „diskriminierende“ Verhalten von Frau *Ladele*. Die Behördenleitung ließ sie daraufhin wissen, dass ihr Verhalten in der Tat gegen den behördlichen Verhaltens- und Gleichstellungskodex „Dignity for All“¹¹⁰ verstoße – und leitete ein Disziplinarverfahren ein.¹¹¹

Frau *Ladeles* Eingabe beim zuständigen Arbeitsgericht war zunächst erfolgreich, letztendlich verlor aber auch sie erst den Prozess und dann den Arbeitsplatz: Das Ziel der Behörde, ihre Dienste diskriminierungsfrei anzubieten, sei legitim, urteilten die höheren Instanzen, und es sei ein verhältnismäßiges Mittel gewesen, auch Frau *Ladele* mit der Zuständigkeit für gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu betrauen. Schließlich übe sie ein öffentliches Amt bei einer öffentlichen Behörde aus, die von ihr geforderte Tätigkeit sei eine rein weltliche, und Frau *Ladeles* Sicht der Ehe sei auch gar nicht zentraler Bestandteil ihrer Religion.¹¹² Der EGMR billigte diese Entscheidungen unter Hinweis auf den weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten.¹¹³

Verkannt wird damit, dass es in Gewissensfragen gerade nicht darauf ankommt, ob sie zentraler Bestandteil einer Religion sind oder ob die Gewissensentscheidung überhaupt von irgendjemandem geteilt wird. Anders als Frau *Eweida* und Frau *Chaplin*, die beiden Arbeitnehmerinnen, die am Arbeitsplatz ein Kreuz hatten tragen wollen, *konnte* Frau *Ladele* aus tief empfundener religiöser Überzeugung gar nicht anders – sie *musste* ihre Mitwirkung an Verpartnerungen verweigern. Und anders als Herr *McFarlane* hatte sie auch weder 1992 bei Aufnahme ihrer Tätigkeit für die Behörde noch 2002, als sie zur Standesbeamtin bestellt wurde, damit rechnen können und müssen, dass Verpartnerungen einmal zu ihrem Aufgabenkreis gehören würden. Wäre es dem London Borough of Islington mit seiner „Dignity for All“-Politik ernst gewesen, hätte er nicht nur – wie andere lokale Behörden – davon absehen können, er hätte um ihrer Gewis-

¹⁰⁹ Abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>, zuletzt eingesehen am 7.1.2014.

¹¹⁰ Abrufbar unter <http://www.islington.gov.uk/about/equality-diversity/policies/Pages/DFA.aspx>, zuletzt eingesehen am 7.1.2014.

¹¹¹ EGMR (Anm. 106), Rdnrn. 23–26.

¹¹² EGMR (Anm. 106), Rdnrn. 27–30.

¹¹³ EGMR (Anm. 106), Rdnrn. 104–106.

sensfreiheit willen davon absehen müssen, Frau *Ladele* die Zuständigkeit für Verpartnerungen zu übertragen.¹¹⁴

b) Herrmann gegen Deutschland

Erfolgreicher war der bereits erwähnte badische Jagdgegner *Herrmann*: Als Grundstückseigentümer war er kraft Gesetzes Mitglied einer Jagdgenossenschaft. Weil er die Jagd aus Gewissensgründen ablehnte, beantragte er zunächst erfolglos die Entlassung aus der Jagdgenossenschaft und versuchte anschließend, das Nichtbestehen seiner Mitgliedschaft gerichtlich feststellen zu lassen. Das Bundesverwaltungsgericht belehrte ihn, dass seine Gewissensfreiheit durch die in Rede stehenden Regelungen des Bundesjagdgesetzes nicht einmal berührt sei: Sie gewährleiste zwar auch das Recht, sich seiner Gewissensüberzeugung entsprechend zu verhalten, dies jedoch nur im eigenen Rechtskreis. Der Kläger werde weder gezwungen, selbst zu töten noch an einer Tötung durch Dritte in irgendeiner Weise mitzuwirken; er wolle vielmehr Dritten deren Verhalten – das Jagen – auf seinem Grundstück verbieten, und diese Befugnis stehe ihm nach dem Bundesjagdgesetz nun einmal nicht zu. Der Fall liege also außerhalb seines Rechtskreises und damit auch außerhalb des Schutzbereichs seiner Gewissensfreiheit.¹¹⁵

Das vom Kläger anschließend angerufene Bundesverfassungsgericht kommentierte derlei Sophisterei diplomatisch: Der Schutzbereich der Gewissensfreiheit sei jedenfalls nicht schwerwiegend beeinträchtigt. Dass der Beschwerdeführer die Ausübung der Jagd auf seinen Grundstücken hinnehmen müsse, möge ihn subjektiv nicht unerheblich belasten, werde aber durch die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke aufgewogen: Schutz des Eigentums anderer vor Wildschäden, Verwirklichung des Verfassungsauftrags zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen.¹¹⁶ Auch vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte fand der badische Rechtsanwalt zunächst kein Gehör: Art. 9 Abs. 1 EMRK, seine Gewissensfreiheit, wollte die Kammer nicht einmal prüfen, da der Eingriff jedenfalls gerechtfertigt sei.¹¹⁷ Die große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hielt eine gesonderte Prüfung der Gewissensfreiheit ebenfalls für entbehrlich,

¹¹⁴ In einem vergleichbaren Fall hat unlängst allerdings auch der Verfassungsrat der Französischen Republik die von einigen Bürgermeistern vorgetragene Rüge, dass das Fehlen einer „Gewissensklausel“ ihre Gewissensfreiheit verletze, unter Hinweis auf das legitime Interesse an der Umsetzung des Gesetzes zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare sowie die die Funktionsfähigkeit und Neutralität des Öffentlichen Dienstes zurückgewiesen, vgl. Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2013–353 vom 18.10.2013.

¹¹⁵ BVerwG, NVwZ 2006, 92.

¹¹⁶ BVerfG, NVwZ 2007, 808 (810).

¹¹⁷ EGMR, Appl.-Nr. 9300/07 vom 20.1.2011 – Herrmann gegen Deutschland, Rdnr. 87.

gab in der Sache Herrmann gegen Deutschland aber im Ergebnis dem Kläger Recht: Für Eigentümer wie ihn sei die Verpflichtung, die Jagd auf ihren Grundstücken zu dulden, eine unverhältnismäßige Belastung. Da das Bundesjagdgesetz es in keiner Weise erlaube, die ethischen Überzeugungen von Jagdgegnern zu berücksichtigen, sei die Eigentumsgarantie des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK verletzt.¹¹⁸

In der Literatur wurde dem Bundesgesetzgeber, um peinliche „Gewissensprüfungen“ und „Gesinnungsschnüftelei“ bei Grundeigentümern zu vermeiden, nahegelegt, in Umsetzung des Urteils die Befriedung von Grundstücken auf Antrag ganz allgemein zuzulassen, sofern dies aufgrund der Umstände des Einzelfalles vertretbar sei.¹¹⁹ Nach der vom Deutschen Bundestag am 28. Februar 2013 beschlossenen Neuregelung jedoch muss ein Grundeigentümer, der die Befriedung seines Grundstückes erreichen möchte, glaubhaft machen – gegebenenfalls durch eidesstattliche Versicherung¹²⁰ –, dass er die Jagdausübung aus ethischen Gründen ablehnt.¹²¹

4. *Echte und vorgebliche Gewissenskonflikte*

Dass es den Gerichten in der Praxis durchaus gelingt, echte Gewissenskonflikte von vorgeblichen zu unterscheiden, zeigt der eingangs erwähnte Fall „Jesus hat Sie lieb.“ Der Kläger, der sich mit dieser – ohne Zweifel zutreffenden – Feststellung von seinen Kunden zu verabschieden pflegte, berief sich pauschal auf verschiedene Bibelstellen, die ihn verpflichteten, stets seinen Glauben zu bekunden und weiterzutragen – konkrete Bibelstellen jedoch vermochte er weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung zu nennen. Auch hatte der Kläger angeboten, vorübergehend, nämlich bis zur gerichtlichen Klärung, auf den christlichen Zusatz in Telefonaten zu verzichten. „Wenn aber finanzielle Gründe es ihm aus seiner Sicht erlauben, zumindest vorübergehend von seiner Verabschiedung vom Abstand zu nehmen, ist schwer erklärlich, weshalb es ihm dann nicht möglich sein soll, sich generell im Rahmen des Arbeitsverhältnisses der arbeitgeberseitigen Weisung bezüglich der Art und Weise der Beendigung von Telefonat mit Kunden zu beugen“, schlussfolgerte das Landesarbeitsgericht Hamm. Endgültig zum Verhängnis wurde dem Kläger dann ein Anruf bei der Geschäftsstelle der erkennenden Kammer, bei der er sich in der all-

¹¹⁸ EGMR, NJW 2012, 3629 (3632 f.).

¹¹⁹ *Maierböfer* (Anm. 31), S. 1523 f.

¹²⁰ BT-DrS. 17/12046, S. 8.

¹²¹ § 6 a Abs. 1 Satz 1 BJagdG i. d. F. des Gesetzes zur Änderung jagdrechtlicher Vorschriften vom 28.2.2013; vgl. BT-DrS. 17/12406 u. 17/12302; Plenarprotokoll 17/255 vom 28.2.2013, S. 28096.

gemein üblichen Art und Weise, also ohne religiösen Gruß, verabschiedete, ohne dies später plausibel erklären zu können.¹²²

5. Die „Verantwortungsbereichslehre“

Zwei Aspekte der Gewissensfreiheit seien noch erwähnt, erstens die Verantwortungsbereichslehre und zweitens die Frage nach der Gewissensbildung. Mit der Verantwortungsbereichslehre¹²³ hatte das Bundesverwaltungsgericht den Fall des Badischen Jagdgegners elegant lösen wollen: Die Befugnis, Dritten das Jagen auf seinem Grundstück zu untersagen, stehe ihm nach dem Bundesjagdgesetz nicht zu. Der Fall liege also außerhalb seines Rechtskreises und damit auch außerhalb des Schutzbereichs seiner Gewissensfreiheit.¹²⁴ Ähnlich knapp werden auch die immer wieder vorkommenden Fälle der Steuerverweigerung aus Gewissensgründen beschieden, wo das entscheidende Argument gegen die Einschlägigkeit der Gewissensfreiheit meist lautet, dass die parlamentarische Entscheidung über die Verwendung eines Teils des Steueraufkommens für bestimmte vom Steuerzahler aus Gewissensgründen abgelehnte Zwecke im Rahmen der Budgetverantwortung des Bundestages losgelöst von der Beteiligung des einzelnen Steuerzahlers erfolge, womit für einzelne Steuerpflichtige „weder rechtserheblich noch ersichtlich“ sei, welchem konkreten Verwendungszweck seine Steuerzahlungen zugeführt würden.¹²⁵

Dagegen hat *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in seinem Staatsrechtslehrerreferat meines Erachtens mit Recht ausgeführt, dass das Schutzgut der Gewissensfreiheit nicht die auf den Verantwortungsbereich des Grundrechtsträgers begrenzte „Handlungsfreiheit gemäß dem sittlichen Gewissen“, sondern die Unverletzlichkeit des Gewissens ist und dass es die Gewissensüberzeugung ist, die den grundrechtlichen Abwehranspruch auslöst:¹²⁶ „Ich kann nicht als Gewissensposition ausschließen, dass jemand sagt: Ich bin nicht bereit, für die Herstellung von Atombomben Steuern zu zahlen. Die Frage ist hier das Schrankenproblem: Kann man diese Gewissensüberzeugung mit der Folge einer partiellen Entpflichtung gelten lassen oder nicht? Aber ich kann nicht sagen, nein, das ist gar keine Gewissensposition, weil es sich um Geldleistungen handelt.“¹²⁷ Die Frage der Steuer-, Abgaben- und Beitragsverweigerung aus Gewissensgründen ist daher meines Erachtens nicht schon auf der Schutzbereichsebene auszuschneiden, sondern auf

¹²² LAG Hamm, NZA-RR 2011, S. 640 (642 f.).

¹²³ Zu dieser etwa – befürwortend – *Mückel* (Anm. 18), Rdnr. 113 m.w.N.; *Muckel* (Anm. 18), Rdnr. 68; vgl. auch *Isensee* (Anm. 26), S. 55: Niemand könne sich auf die Gewissensfreiheit berufen bei Übergriffen in den Rechtskreis seiner Mitmenschen.

¹²⁴ BVerwG, NVwZ 2006, 92.

¹²⁵ So bspw. BVerfG, 1 BvR 503/09 vom 6.6.2012, Abs.-Nr. 5.

¹²⁶ *Böckenförde* (Anm. 4), S. 64.

¹²⁷ *Böckenförde* (Anm. 4), S. 120 (im Rahmen der Aussprache).

Schrankenebene zu lösen, wobei mir die Hürden für gewissensschonende Alternativen nicht unüberwindlich scheinen. Denkbar ist beispielsweise die von *Paul Tiedemann* Anfang der 1990er Jahre vorgeschlagene Herauslösung der umstrittenen Teile aus dem Bundeshaushalt und eine entsprechende Erhöhung des Anteils des Steuerverweigerers an der allgemeinen Einkommensteuer.¹²⁸ Dies verschafft dem Steuerverweigerer keinen ungerichtfertigten finanziellen Vorteil zulasten der Allgemeinheit und zugleich die entlastende Gewissheit, dass er keine von ihm aus Gewissensgründen abgelehnten Zwecke mitfinanziert.¹²⁹

Auch die etwa bei *Manfred Spieker* zu findende Aussage, die Entscheidung für die Durchführung einer Abtreibung könne keine grundrechtlich geschützte Gewissensentscheidung sein, weil sie in elementare Rechte Dritter eingreife,¹³⁰ ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Richtig ist, dass eine dem Gewissen abgerungene Entscheidung nicht gleichzusetzen ist mit einer vom Gewissen befohlenen.¹³¹ Nur Letztere, die vom Gewissen befohlene Entscheidung, unterfällt dem Schutzbereich der Gewissensfreiheit, und deshalb wird die Entscheidung für eine Abtreibung in den seltensten Fällen eine solche sein.¹³² Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht daher die noch in der ersten Abtreibungsentscheidung zu findende missverständliche Aussage, wonach die Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer „beachtenswerten Gewissensentscheidung“ haben könne,¹³³ präzisiert und in der zweiten Abtreibungsentscheidung festgehalten, dass eine Frau, die sich nach Beratung zum Abbruch entschließe, für die damit einhergehende Tötung des Ungeborenen nicht etwa eine grundrechtlich in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition in Anspruch nehmen könne. Verfassungsrechtlich zulässig könne das Gesetz nur eine gewissenhaft zustande gekommene und in diesem Sinne achtenswerte Entscheidung meinen.¹³⁴ Auf Seiten der Schwangeren sind andere Grundrechte einschlägig, allerdings sind Fälle gewissensgebotenen ärztlichen Handelns durchaus

¹²⁸ P. Tiedemann, Das Recht der Steuerverweigerung aus Gewissensgründen, 1991, S. 64.

¹²⁹ Umfassende Analyse des Problemfelds aus theologisch-ethischer, volkswirtschaftlicher und rechtlicher Sicht bei W. Bock/H. Diefenbacher/H.-R. Reuter, Pazifistische Steuerverweigerung und allgemeine Steuerpflicht: Ein Gutachten, 1992.

¹³⁰ M. Spieker, Grenzen der Gewissensfreiheit: Zur Bedeutung von Artikel 4 Abs. 1 GG, in: ZfL 2003, S. 121 (125), u.a. unter Berufung auf W. Geiger, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Staat und Gewissen 8 (1959), S. 11 (24 f.); ähnlich G. Müller, Grundgesetz-Gewissen-Schutz des ungeborenen Kindes, in: Jahrbuch für christliche Sozialwissenschaften 27 (1986), S. 159 (176); Isensee (Anm. 26), S. 56.

¹³¹ R. Spaemann, Grenzen: Zur ethischen Dimension des Handelns, 2002, S. 378.

¹³² Zutreffend daher die Kritik von Isensee (Anm. 26), S. 47 daran, dass „in der öffentlichen Diskussion über die Freigabe der Abtreibung unbesehen bei jedweddem Schwangerschaftsabbruch unterstellt [werde], er beruhe auf einem Gewissensentscheid der Schwangeren“.

¹³³ BVerfGE 39, 1 (48).

¹³⁴ BVerfGE 88, 203 (308).

denkbar und dann auch sub specie Gewissensfreiheit abzuhandeln.¹³⁵ Nicht Gewissensfreiheit im eigenen Verantwortungsbereich bzw. Rechtskreis, sondern die Frage, wie weit der „Rechtskreis“ des Einzelnen um seiner Gewissensfreiheit, um der Unverletzlichkeit des Gewissens willen gezogen werden muss, ist Thema des Art. 4 Abs. 1 GG.

6. *Gewissensbildung*

Die Schwangerschaftskonfliktberatung hat sich nach § 219 Abs. 1 StGB „von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muss der Frau bewusst sein, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt.“ Damit ist die Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Gewissensbildung angesprochen,¹³⁶ die in der Literatur im Grundsatz mit Recht bejaht wird.¹³⁷ Eine staatliche Einflussnahme, die auf die Veränderung innerer Einstellungen ziele, sei als solche nicht bereits Thema der Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG, betont beispielsweise *Uwe Volkmann* in einer neueren Arbeit zu der Frage, ob der Staat seine Bürger „erziehen“ darf.¹³⁸

Näher begründen lässt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Gewissensbildung,¹³⁹ wenn man mit *Wilfried Härle* den „Grundirrtum“ bedenkt, der die Geschichte des Gewissensbegriffs bis heute begleitet und durchzieht, nämlich die Annahme, das Gewissen sei als Inbegriff der normativ ethischen

¹³⁵ Richtig *L.H. Harris*, Recognizing conscience in abortion provision, in: N. Engl. J. Med. 367 (2012), S. 981; ebenso bereits *Herzog* (Anm. 21), S. 721; bezeichnend schon vom Titel her *C.E. Joffe*, Doctors of conscience: The struggle to provide abortion before and after Roe v. Wade, 2001. Das Problemfeld der Gewissensvorbehalte im Bereich des Gesundheitswesens wird ausgeleuchtet bei *M.R. Wicclair*, Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis, 2011.

¹³⁶ Zur Gewissensrelevanz des Rechts der Schwangerschaftsberatung zuletzt ausführlich *F. Filmer*, Das Gewissen als Argument im Recht, in: Moos/Schaede (Anm. 21), sub III 1 a cc.

¹³⁷ Dass dem Schutz der Gewissensbildung nach wie vor eine hohe Bedeutung zukommt, betont mit Recht *Kluth* (Anm. 3), S. 225.

¹³⁸ *U. Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 19.

¹³⁹ Umfassend dazu – auch zu den Grenzen – *E. Schmidt-Aßmann*, Verfassungsfragen staatlicher Gewissensbildung: Zur Verantwortung des Staates für eine freiheitliche Ausbildung des kollektiven und des individuellen Gewissens, in: Moos/Schaede (Anm. 21); speziell zur Funktion des Strafrechts in diesem Zusammenhang – die Legitimierbarkeit eines gezielt gewissensbildenden Strafrechts ablehnend – *R. Kölbl*, Gewissensbildung durch Strafrecht?, ebd.

Überzeugungen eines Menschen selbst eine normative Instanz. *Härle* unterscheidet eine *theonome*, eine *autonome* und eine *heteronome* Spielart dieses Grundirrtums, nämlich erstens die Deutung des Gewissens als untrügliche Stimme Gottes, gegen die spreche, dass die Gewissensurteile der Menschen untereinander, ja sogar im Laufe ihrer eigenen Biografie einander grundlegend widersprechen könnten, zweitens ein Verständnis des Gewissens als Inbegriff der subjektiv gewonnenen ethischen Überzeugungen, denen die objektiven Überzeugungen in Staat und Gesellschaft gegenüberstünden, wogegen sich die Frage erhebe, warum man nicht auf die Korrektur als irrig erkannter Überzeugungen hinwirken dürfe und solle, und drittens die Deutung des Gewissens als Resultat eines geschichtlich-gesellschaftlichen Erziehungs- und Beeinflussungsprozesses, der Menschen unter Umständen schweren Schaden zufügen und daher in keinem Fall eine gültige normativ-ethische Instanz sein könne.¹⁴⁰

Härle verweist demgegenüber auf die übereinstimmende sprachliche Struktur der Begriffe *syn-eidesis*, *con-scincia* und *Ge-wissen*, die anzeige, dass das Besondere des Gewissens ein Mit-Wissen, ein Mit-Bewusstsein mit sich selbst sei, und dies in dreifacher Weise: Der Mensch weiß erstens um seine eigenen Handlungen, hat also ein handlungsbezogenes Selbstbewusstsein. Er weiß zweitens – was Unsicherheiten nicht ausschließt – um seine eigenen ethischen Überzeugungen, hat also ein normbezogenes Selbstbewusstsein. Und drittens: Er hat einen *Sensus* dafür, ob seine geplanten und vollzogenen Handlungen mit seinen ethischen Überzeugungen übereinstimmen oder ob sie im Widerspruch dazu stehen, weiß also das Verhältnis zwischen seinem handlungsbezogenen und seinem normbezogenen Selbstbewusstsein. Dieses Mit-Bewusstsein, das als „gutes Gewissen“ im Hintergrund bleibt und als „schlechtes Gewissen“ mit Symptomen, die weit in den leiblichen Bereich hineinreichen (den berühmten „Gewissensbissen“), einen inneren Zwiespalt und Widerspruch signalisiert, so *Härle*, ist das Gewissen. Daraus folgt: „Das Gewissen beurteilt nicht die ethische Qualität von Handlungen an sich, sondern es beurteilt die ethische Qualität von Handlungen anhand des Kriteriums der Übereinstimmung mit dem eigenen ethischen Normbewusstsein.“¹⁴¹

Es ist daher grundsätzlich erlaubt und kann sogar geboten sein, Menschen zu veranlassen, ihre bestehenden ethischen Überzeugungen auf ihre Tragfähigkeit und Gültigkeit hin zu überprüfen. Es ist auch erlaubt, das Handlungsbewusstsein von Menschen durch Förderung der Selbstwahrnehmung, Selbsterfahrung etc. zu stärken. Dieser Aspekt der Gewissensbildung könnte, worauf *Lynn Stout* in ihrem eingangs erwähnten Buch „*Cultivating*

¹⁴⁰ *W. Härle*, *Ethik*, 2011, S. 114 f.

¹⁴¹ *Härle* (Anm. 140), S. 116.

Conscience“ hinweist, in Zeiten permanenter Ablenkung durch Fernsehen, Internet und so genannte „soziale Medien“ verstärkt an Bedeutung gewinnen.¹⁴² Es ist jedoch grundsätzlich nicht erlaubt, das Gewissensurteil, das sich auf die ethische Überzeugung eines Menschen bezieht, zu ignorieren und einen Menschen zu veranlassen, gegen seine bestehende Überzeugung zu handeln, da dieser Mensch dadurch in einen inneren Widerspruch gerät, der ihn existenziell betrifft.¹⁴³ Nur das Letztere ist Thema der grundrechtlich geschützten Gewissensfreiheit.¹⁴⁴ Gewissensbildung im Sinne einer Stärkung des Norm- und Handlungsbewusstseins dagegen spielt sich im Vorfeld der Gewissensfreiheit ab.¹⁴⁵ Sie kann als grundrechtlich fundiertes Handeln, etwa der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, grundrechtlich geschützt sein, ist aber auch dem demokratisch legitimiert handelnden Staat nicht von vornherein versagt.¹⁴⁶

III.

„Unsere protestantische Gewissensfreiheit“

Nach *Eberhard Jüngel* wird man der vielbeschworenen Aufgabe der „Gewissensbildung“ am besten dadurch gerecht, dass man dem Menschen, dessen Gewissen es zu bilden gilt, die der Entfaltung seiner Persönlichkeit zugutekommende liebevolle Zuwendung zuteilwerden lässt.¹⁴⁷ Damit sind wir bei *Luther* – und damit zunächst bei der „*libertatis conscientia*“, dem

¹⁴² *Stout* (Anm. 8), S. 245.

¹⁴³ Die Anwendung körperlichen oder seelischen Zwangs zur Durchsetzung solcher Pflichten wäre zudem eine kategorisch verbotene Antastung der Menschenwürde; näher dazu *C. Goos*, *Innere Freiheit: Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs*, 2011, S. 173–176.

¹⁴⁴ Ebenso im Ergebnis – die von *Mager* (Anm. 18), Rdnr. 53 propagierte „enge“ Deutung des Schutzbereichs des Grundrechts favorisierend – *Schmidt-Aßmann* (Anm. 139), sub III 1 a cc; dort auch weiterführende Erwägungen zur (in der Tat wohl nur selten anzunehmenden) Eingriffsqualität und der möglichen Rechtfertigung eingreifender gewissensbildender Maßnahmen.

¹⁴⁵ Überschneidungen ergeben sich freilich etwa dann, wenn die Schulpflicht Eltern in Gewissensnot bringt. Siehe zu dieser Frage *Schmidt-Aßmann* (Anm. 139), sub III 2 c; umfassend zur Problematik „Homeschooling“ die Beiträge in *F. Reimer* (Hrsg.), *Homeschooling: Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?*, 2012. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die von *F. Reimer* (Versuch, weiterzudenken: Regulierung von Homeschooling als Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, ebd., S. 127 [131 f.]) erwogene „Option einer maßvoll regulierten Zulassung des Homeschooling“ durch die Gewissensfreiheit der betroffenen Eltern verfassungsrechtlich geboten ist.

¹⁴⁶ Ob der Staat die Gewissensbildung Familien, Religionsgemeinschaften, Verbänden und Medien die Gewissensbildung ungehindert überlassen darf oder ob er – zum Schutz der Gewissensfreiheit oder anderer Grundrechte – gar verpflichtet ist, aktiv zu werden, erörtert *Schmidt-Aßmann* (Anm. 139), sub IV.

¹⁴⁷ *Jüngel* (Anm. 52), S. 366.

im Glauben geschenkt „Bewusstsein unserer Freiheit“.¹⁴⁸ „Man beachte, dass es nicht heißt *libertas conscientiae!*“ mahnt *Johannes Heckel* in einer Fußnote, die mit einem strengen Ausrufezeichen endet.¹⁴⁹ Die im Glauben geschenkte Befreiheitsgewissheit, die das Gewissen fröhlich macht, nicht die Gewissensfreiheit im modernen Sinne ist der zentrale Gedanke bei *Luther*,¹⁵⁰ und nur in diesem Sinne ist die missverständliche, auf *Karl Holl* zurückgehende Rede von der reformatorischen Botschaft als „Gewissensreligion“ berechtigt.¹⁵¹ Die Gewissens-Freiheit, die *Luther* in Worms und andernorts forderte und in Anspruch nahm,¹⁵² war inhaltlich bestimmt und begrenzt als Freiheit „der evangelischen Unterweisung der Gewissen zu ihrer in Christus geschenkten Freiheit“.¹⁵³ Auf Seiten der Hörenden sollte sie in der Freiheit zur Aneignung der Wahrheit des Evangeliums bestehen.¹⁵⁴

Wie *Luther* fasst auch das Augsburger Bekenntnis die Gewissensfreiheit: als Recht auf ungehinderten Zugang zu Gottes Wort.¹⁵⁵ Diesen Zugang, so *Hans Martin Müller*, „sucht das Augsburger Bekenntnis zu schützen, indem es den Rechtfertigungsartikel und mit ihm die strenge Ablehnung jeglicher Werkerei in den Mittelpunkt rückt, die Vollmacht der Bischöfe auf das rechte Maß bringt und die öffentliche Verkündigung des Evangeliums an die ordentliche Berufung durch die christliche Gemeinde bindet. Gewissensfreiheit bedeutet nicht einen Freibrief für den Amtsträger, sondern

¹⁴⁸ Hervorragender Überblick bei *M. Honecker*, Einführung in die theologische Ethik: Grundlagen und Grundbegriffe, 1990, S. 133–137; subtile Analyse der Frage, was „Befreiung des Gewissens“ bedeutet, bei *T. Moos*, Sünde, Tod, Teufel und Gesetz: Zur theologischen Bestimmung von Gewissensfreiheit, in: *Schaede/Moos* (Anm. 21).

¹⁴⁹ *J. Heckel*, *Lex Charitatis: Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers*. 2. Aufl., hg. v. *M. Heckel*, 1973, S. 83 m. Fn. 416; ebenso *H. J. Scholler*, Zum Verhältnis von (innerer) Gewissensfreiheit zur (äußeren) religiösen Bekenntnis- und Kultusfreiheit, in: *G. Birtsch* (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 183 (188).

¹⁵⁰ So auch *Mückl* (Anm. 18), Rdnr. 14 m. w. N.; *Smith* (Anm. 61), S. 156. Nach *G. Wenz*, Glaubensgewissheit und Gewissensfreiheit. Notizen aus evangelisch-lutherischer Perspektive, in: *Kerygma und Dogma* 54 (2008), S. 138 (144) sind Anknüpfungspunkte für die moderne Theorie staatsrechtlicher Gewissensfreiheit in der reformatorischen Theologie im Wesentlichen nicht in der Lehre von der Gewissensgewissheit des Glaubens, sondern in der sogenannten Zwei-Reiche- bzw. Zwei-Regimenten-Lehre zu suchen. Vgl. auch *M. Honecker*, *Testimonium conscientiae*. Was ist norma proxima des sittlichen Urteils?, in: *Höver/Honnefelder* (Anm. 26), S. 83 (88 f.).

¹⁵¹ Vgl. dazu *Wenz* (Anm. 150), S. 142: „Diese These ist nicht falsch, aber missverständnisträchtig und erläuterungsbedürftig, insbesondere, was das Verständnis des Gewissensbegriffs betrifft.“ Ähnlich *Honecker* (Anm. 148), S. 128: „nur teilweise richtig“.

¹⁵² Dazu – stellvertretend – *H. Schilling*, *Martin Luther: Rebelle in einer Zeit des Umbruchs*, 2013, S. 215–236.

¹⁵³ *E. Wolf*, *Studien zur reformatorischen Theologie und zum Kirchenproblem*, München 1962, S. 111.

¹⁵⁴ Vgl. *Hoffmann* (Anm. 102), S. 9.

¹⁵⁵ *H. M. Müller*, *Gegenwärtiges Christentum: Beiträge zu Kirche und Gemeinde*, hg. von *A. Beutel* und *R. Kath*, 1993, S. 127.

einen Schutzbrief für das Gemeindeglied“.¹⁵⁶ Von hier aus wäre die Frage nach der Gewissensfreiheit in der Kirche zu entfalten,¹⁵⁷ für die es, wie der letzte Jahrgang dieser Zeitschrift zeigt, vielfältiges aktuelles Anschauungsmaterial gibt.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Müller (Anm. 155), S. 127.

¹⁵⁷ Ansätze bei *H. Munsonius*, Kirchenrecht zwischen Positivismus und Bekenntnisbindung, in: *ZevKR* 56 (2011), S. 279 (288 f.); *J. Winter*, Muss ich das glauben? Die Bekenntnisse der Kirche und der persönliche Glaube, in: *KuR* 18 (2012), S. 164 (175); ausführlicher *H. Stössel*, Zwischen Freiheit und Bindung: Das Gewissen und das kirchliche Amt, in: *Schaede/Moos* (Anm. 21).

¹⁵⁸ *C. Link*, Die Einsegnung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften als Problem des evangelischen Kirchenrechts, in: *ZevKR* 58 (2013), S. 1–21; *R. Slenczka*, Zum Verhältnis von geistlicher Leitung und rechtlicher Verwaltung der Kirche, ebd., S. 22–30; *M. Germann*, Kirchenrechtliche Anforderungen an eine Ausrufung des Bekenntnisnotstands, ebd., S. 31–46.