

Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen und staatliche Selbstbehauptung

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, d. h. mit den Mitteln des Rechtszwangs und autoritativen Gebotes, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben.“¹

Diese Feststellung von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* – erstmalig vor 20 Jahren formuliert – ist inzwischen fast zu einem klassischen Topos geworden. Ständig erweist sie neu ihre ebenso aktuelle wie paradigmatische Bedeutung. Dies gilt gewiß für eine ganze Reihe von gesellschaftlich besonders umstrittenen Themen. Die These Böckenfördes betrifft die Debatte um das Problem der Abtreibung ebenso wie die Diskussion um „Sterbehilfe“, um Möglichkeiten und Beurteilung der Genmanipulation und vieles andere. Wie Freiheit als verantwortete und zu verantwortende verstanden, ermöglicht und bewahrt werden kann, ist jeweils neu die Frage.

Der moderne Verfassungsstaat ist von dieser Frage als Gesetzgeber, als Träger der vollziehenden Gewalt wie in seiner Rechtsprechungsfunktion in gleicher Weise betroffen. Wie der Staat in jener allem Anschein nach unauflösbaren Spannung zwischen Freiheitsgewährleistung für den einzelnen und Freiheitsbewahrung für das Ganze agieren soll, ja überhaupt agieren kann, ist von prinzipieller Bedeutung. Überschreitet er die von der Verfassung gezogenen Grenzen für den Einsatz seiner Gewalt, gefährdet er die Freiheit des einzelnen. Erweist er sich als zu schwach, seiner verfassungsmäßigen Ordnungsfunktion nachzukommen, entsteht die Gefahr, daß er Anarchie nicht wirksam verhindern kann.

Die These Böckenfördes kann deshalb auch als wichtige Orientierungshilfe in den Verzweigungen jener Diskussion dienen, die seit einigen Jahren mit neuer Heftigkeit um das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen geführt wird – zumal Böckenförde selbst an dieser Diskussion direkt und indirekt beteiligt ist. Schon seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1949 legt das Grundgesetz in Art. 4 Abs. 3 fest: „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.“ Die Brisanz dieses Grundrechts

wurde naturgemäß erst mit der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht im Jahr 1956 praxisbedeutsam. Seitdem jedoch beschäftigt es die staatlichen Organe wie die Wissenschaften in ständig neuen Wellen.

Vereinfacht gesagt, folgt jedem Versuch des Gesetzgebers, den Verfassungsauftrag zur „näheren Regelung“ zu erfüllen, mit Promptheit eine Klage der jeweiligen Opposition vor dem Bundesverfassungsgericht. Daneben wird die höchstrichterliche Rechtsprechung aber auch sonst regelmäßig mit den Problemen konfrontiert, die das Grundrecht und die nachgeordneten Gesetze aufwerfen. Auch die Wissenschaft hat sich an dieser Diskussion immer wieder beteiligt. Die Zahl der einschlägigen Arbeiten ist kaum noch überschaubar, zumal ja nicht nur die Verfassungsrechtler an ihr beteiligt sind. Wo vom Gewissen die Rede ist, sind auch andere Disziplinen, nicht zuletzt die Theologie, angesprochen und herausgefordert, auch wenn der Anlaß verfassungsrechtlicher Art ist.

Einen der zentralen Beiträge zur jüngsten Phase dieser Diskussion bildet das 1986 erschienene Buch von *Rainer Eckertz* „Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts“. Es handelt sich um eine von E. W. Böckenförde noch vor seiner Berufung ins Bundesverfassungsgericht betreute Dissertation, deren ursprüngliche Fassung Mitte 1984 abgeschlossen war. Die Arbeit ist vor dem Erscheinen um eine ausführliche Erörterung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 24. April 1985 ergänzt. In dem zugrundeliegenden Normenkontrollverfahren ging es um die Frage, ob verschiedene Bestimmungen des Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetzes (KDVNG) vom 28. Februar 1983 mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Der erkennende zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Vereinbarkeit mehrheitlich bejaht.

Ein höchstrichterliches Sondervotum

Aber zwei Richter, und zwar eben Ernst-Wolfgang Böckenförde und sein Kollege Ernst-Gottfried Mahrenholz, haben diesem Urteil ein abweichendes Sondervotum hinzugefügt, das zusammen mit dem von allen acht Richtern unterzeichneten Urteil ordnungsgemäß publiziert worden ist³. Dieses Sondervotum widerspricht Teilen der Begründung des Urteils, in zwei Punkten aber auch in der Sache selbst. Die von Eckertz entwickelten Gedankengänge, die auch die ganze frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Problematik des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen kritisch aufzuarbeiten versuchen, haben dabei in diesem Sondervotum bereits ihren Niederschlag gefunden. Wir haben also den gewiß seltenen Fall vor uns, daß ein höchstrichterliches Sondervotum sich u. a. auf die Argumentation einer Dissertation beruft, deren ergänzte publizierte Fassung ihrerseits bereits dieses Sondervotum wiederum kommentieren und verarbeiten kann.

In unserem Zusammenhang sind vor allem zwei Thesen des Sondervotums von Interesse. Die erste besagt, daß die „wehrverfassungsrechtlichen Bestimmungen“ des Grundgesetzes keine „normative verfassungsrechtliche Grundentscheidung“ für eine Pflicht des Staates zu militärischer Verteidigung enthalten. Eine derartige Verfassungspflicht könne daher auch nicht als Schranke und als Rechtfertigung für eine einengende Interpretation des Grundrechts in Art. 4 Abs. 3 GG verwendet werden. Damit wird eine Argumentationsweise der Senatsmehrheit kritisiert, die das Gericht allerdings auch schon bei der Begründung früherer Entscheidungen zum Thema benutzt hat.

Die zweite These des Sondervotums hält die Bestimmung des Neuordnungsgesetzes, die – wie früher schon § 25 des Wehrpflichtgesetzes von 1956 – die Ablehnung der Beteiligung „an jeder Waffenanwendung zwischen den Staaten“ für die Anerkennung der Gewissensbegründetheit einer Verweigerung fordert, für unvereinbar mit Art. 4 Abs. 3 GG. Damit werde „nur eine prinzipielle Kriegsdienstverweigerung als eine solche aus Gewissensgründen anerkannt“. Dies aber verenge das Spektrum der Anerkennungsgründe auf die eines prinzipiellen Pazifismus und schließe gerade solche „Gewissenurteile vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 3 GG aus, die nach der Auffassung der katholischen Kirche und der weitergehenden Glaubenslehre der evangelischen Kirche in Wahrheit als ethisch-sittliche Gewissensentscheidungen in Betracht kommen“⁴. Damit werde darüber hinaus „die Eigenart des Gewissens und von Gewissensentscheidungen“ überhaupt verkannt. Denn Gewissensentscheidungen seien „immer konkrete sittliche Entscheidungen der Person in und angesichts einer bestimmten Situation und beziehen sich auf ein Verhalten hier und heute, nicht hingegen abstrakte Entscheidungen für alle Zeiten und jenseits der Bedingungen des konkreten Handelns“⁵.

Dieses Minderheitsvotum ist, wie gesagt, in der Arbeit von Eckertz vorbereitet⁶, in der publizierte Fassung von 1986 dann aber auch gestützt und in manchen Linien zusätzlich ausgezogen. Ursprünglich sollte diese Arbeit allein hier Gegenstand der Auseinandersetzung werden. Sie ist aber inzwischen mehrfach selbst zum Anlaß weiterer Nachfragen in der Literatur geworden. Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit sollen deshalb auch einige neuere Stimmen ergänzend angesprochen werden. Sie bestätigen allesamt, wenn auch mit zum Teil geradezu gegensätzlichen Ergebnissen, die unveränderte Brisanz des Themas und die fortwirkende Relevanz der am Beginn wiedergegebenen These von E. W. Böckenförde.

Komplexität der Fragestellung

Der Untertitel „Zur Überwindung des Dezisionismus im demokratischen Rechtsstaat“ läßt besonders deutlich erkennen, wie ausgreifend die Thematik des Werks von R. Eckertz dimensioniert ist: Er ist ja selbst nicht weniger interpre-

tationsbedürftig als jeder der zahlreichen inhaltlichen Verzweigungsstränge, denen der Verfasser gefolgt ist. Allein der zentrale Gegenstand der Arbeit, das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, ist aber in der Literatur von jeher als ein Thema von höchster Komplexität aufgefaßt und dargestellt worden. Die Arbeit von Eckertz bewegt sich also ohne Zweifel auf einem besonderen Anspruchsniveau. Die Vielzahl der in der Sache einbezogenen Disziplinen und die Probleme ihres Zusammenwirkens stellen schon eine gewaltige Herausforderung dar. Das eben nur scheinbar rein verfassungsrechtlich definierbare Kernproblem der Deutung dieses Grundrechts fordert ja nicht nur zugleich die allgemeine Staatslehre und die Politikwissenschaft, sondern darüber hinaus auch Philosophie, Psychologie und letztlich auch die Theologie heraus. Der so weit gespannte thematische Bogen läßt somit auch bei einem Umfang von 470 Seiten bei manchen Problemverzweigungen nur noch Andeutungen zu, und auch manche sehr grundlegende Fragestellung kann vom Autor nur beschrieben, nicht aber in letzter Ausführlichkeit bearbeitet werden.

Aber es bleibt doch wahrlich genug, was in diesem Buch mit guten Argumenten neu zur Debatte gestellt ist. Dies gilt zum Beispiel für das rechtswissenschaftliche wie das politologische Fragen nach der Demokratie. Eckertz versucht, aus dem Prinzip der Volkssouveränität eine neue Dimension individueller Verantwortlichkeit für die Gestaltung des Gemeinwesens zu begründen; die juristischen und außerjuristischen Implikationen dieses Versuchs bedürfen noch intensiver Erörterung. Dies gilt auch für wichtige Fragen der Rechts- und Gesetzestheorie, die sich aus dem Bemühen des Verfassers um eine ungeschmälerte Verwirklichbarkeit des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen ergeben. Dabei wird die Frage nach der sittlichen Qualität des Gesetzesgehorsams im demokratischen Staat von neuem dringlich.

Und es gilt schließlich für die Erneuerung der Frage nach der Rolle der Rechtsprechung im gewaltenteilenden Rechtsstaat. Eine der zentralen Thesen des Buchs läuft darauf hinaus, daß das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Problem der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen die Verfassung nicht nur interpretiert, sondern in einer Weise fortentwickelt habe, die letztlich zur Gefährdung von Grundrechten führe. Diese Gedankenführung weist durchaus gewisse Parallelitäten zur Diskussion um die Rolle des Supreme Court auf, wie sie sich seit einiger Zeit in den USA abspielt – wenn auch offensichtlich mit gerade entgegengesetzter Stoßrichtung. Erliegen unsere obersten Gerichte der Versuchung, in juristischer Einkleidung die Politik zu übermächtigen und damit letztlich selbst zum politischen Souverän zu werden? Dabei spielen – vielleicht nicht zufällig – die Interpretationsmuster, die Carl Schmitt in die Erörterung eingeführt hat, auch in der Arbeit von Eckertz eine eigentümlich ambivalente Rolle. Sollte sich der Satz, daß „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, hier mit kritischem Nutzen zur Anwendung bringen lassen?

Damit sind aber nur einige der neu angeregten Problemstellungen bezeichnet, die sich aus der gedanken- und materialreichen Darstellung von Eckertz ergeben. Diese selbst ist dreigeteilt. Ein erster Abschnitt ist dem Verhältnis von Gewissen und Recht, genauer: von Gewissensfreiheit und Verbindlichkeit der geltenden gesetzlichen Ordnung, gewidmet. Eckertz versucht, das Problem der zureichenden Begründung beider durch die Darstellung einer beide verbindenden Größe zu überwinden. Er findet diese Größe letztlich in den Voraussetzungen dafür, „daß der Mensch einer Verantwortung fähig ist“, also einer „Religion“ im kantischen Sinn, was Eckertz aber ausdrücklich nicht in einem konfessionell festgelegten Sinn verstanden wissen will. Dazu wird der Begriff der „gesetzgebenden Gewalt“ problematisiert. Eckertz muß aber auch einen eigenen Ansatz für eine Gewissens-theorie suchen. Für diesen Zweck setzt er sich mit einer Reihe juristischer Konzepte auseinander, aber auch mit den Versuchen von Max Scheler, Jürgen Habermas, Hermann Lübbe und Niklas Luhmann.

Gewissensfreiheit und Verteidigungsfähigkeit

Im Mittelpunkt des zweiten Teils der Arbeit steht die These, daß das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung dadurch unzulässig einschränke, daß es die Pflicht zur Bewahrung der militärischen Verteidigungsfähigkeit der Bundesrepublik fälschlich in den Rang einer Verfassungspflicht erhebe. Zur Untermauerung seiner Kritik konfrontiert Eckertz die Rechtsprechung des Gerichts – in einer freilich eher ambivalent wirkenden Weise – mit der Verfassungstheorie C. Schmitts, in der die These von der „Identität von Regierenden und Regierten“ eine zentrale Rolle spielt. Dabei entwickelt er dann ein Konzept, nach dem erst die „Verantwortungsfähigkeit“ des einzelnen „Repräsentation“ und Selbsterhaltung zu legitimieren vermag. Das vom Staat gesetzte Recht leide nämlich stets an einer „Begründungsschwäche“. Andererseits hat aber das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen für Eckertz letztlich gerade die Funktion, die gewissensgebundene Verantwortungsfähigkeit sowohl der Kriegsdienstverweigerer als auch derer, die ihre Wehrpflicht erfüllen, überhaupt erst zu ermöglichen.

Die Frage, wie nun in jener Spannung zwischen Staatserhaltung und Gesetzesgeltung einerseits und der Gewissensfreiheit andererseits letztlich zu entscheiden sei, bleibt damit aber offen. Wie kann denn die Gewährleistung des Grundrechts durch den staatlichen Verfassungsgesetzgeber aus den letzten Zweifeln an ihrer unverbrüchlichen Gültigkeit herausgeholt werden, wenn in letzter Instanz das gesetzte Recht doch immer an jener „Begründungsschwäche“ leidet?

Erst im dritten Teil seiner Arbeit tritt Eckertz in eine direkte Erörterung der Rechtsprobleme der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen ein. Er

liefert eine subtile Analyse der Probleme des Anerkennungsverfahrens und versucht, den für das ganze Problem ja ausschlaggebenden Rechtsbegriff des Gewissens noch einmal zu entfalten. Die Frage nach dem „Kriegsdienst mit der Waffe“ als dem „Gegenstand“ der Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 3 GG führt dann in die Kritik des § 25 des Wehrpflichtgesetzes bzw. des § 1 des Neuregelungsgesetzes. Eckertz hält in Übereinstimmung mit dem Sondervotum der beiden Verfassungsrichter beide Bestimmungen für unvereinbar mit dem Bonner Grundgesetz.

Offensichtlich unmittelbar durch das Buch von Eckertz angeregt, hat nun *Hans Buchheim*⁷ unter dem Titel „Gewissen und gesellschaftliche Ordnung“ Überlegungen vorgelegt, die einigen zentralen Thesen von Eckertz kritisch nachgehen. Auch Buchheim bestätigt Eckertz zunächst, eine „an Gedanken und Problemen ungewöhnlich reiche Arbeit“ vorgelegt zu haben. Sein spezielles Interesse gilt zum einen dem Dezisionismus-Verständnis von Eckertz, das ja seinerseits wieder ausschlaggebende Bedeutung für dessen Kritik an der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung überwiegend verwendeten Gewissenstheorie hat. Eckertz' Verständnis von Dezisionismus als „Ausdruck einer Lage, in der die Entscheidung der Verantwortung entzogen ist“⁸, führt ihn schließlich dazu, in der Gewissensentscheidung „eine Entscheidung über eine personale Beziehung“⁹ zu sehen. Buchheim läßt die Frage nach der Stringenz dieser Überlegung – wenn ich es recht sehe – offen. Sein Versuch, die Unterscheidung von „Situationsbezogenheit“ und „Situationsbedingtheit“ von Gewissensentscheidungen zu erläutern, erscheint hilfreich.

Buchheim stimmt der Kritik von Eckertz an der „Absolutheits“-These des Bundesverfassungsgerichts zu, nach der nur die Ablehnung „jeder Gewalt zwischen den Staaten“ als ausreichend für die Begründetheit einer Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen angesehen werden kann. Die Bedenken gegen diese Theorie sind freilich so neu nicht. Sie finden sich schon in der Rede, mit der der Abgeordnete Peter Nellen 1956 im Deutschen Bundestag seine abweichende Meinung begründete, und sind darüber hinaus, damals wohl mehr erahnt als schon aus einer ausgebreiteten Rechtsprechung heraus begründbar, auch in der noch früheren Literatur bereits angedeutet¹⁰.

Buchheim stimmt auch der Bemerkung von Eckertz zu, „die Forderung, daß der Kriegsdienstverweigerer das Tötungsverbot verabsolutieren müsse, habe zur Folge, daß er das Tun von Soldaten verurteilen müsse“ (381). Dies scheint allerdings nicht frei von der Gefahr eines Mißverständnisses zu sein: Richtig verstanden kann dem Kriegsdienstverweigerer natürlich weder eine Pflicht noch das Recht zukommen, das Tun von Soldaten verbindlich zu verurteilen.

Buchheim untersucht deshalb kritisch das von Eckertz entwickelte Konzept der „Verantwortlichkeit“. Aus ihm ergibt sich für Eckertz die These, daß die schlichte Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, also hier die Ableistung der militärischen Dienstpflicht durch einen Wehrpflichtigen, allein für sich nicht ausreiche, die

sittliche Qualität solchen Handelns zu bewirken. Vielmehr werde durch Art. 4 Abs. 3 GG „jeder wehrpflichtige Bürger vor die Frage gestellt, ob ihm sein Gewissen den Kriegsdienst mit der Waffe verbiete. Wer Soldat wird oder bleibt, kann sich vor sich selbst nicht damit rechtfertigen, daß er den Gesetzen Gehorsam schuldet.“¹¹ Der Kritik Buchheims ist hier, wie schon angedeutet, ohne Vorbehalt zuzustimmen – vor allem, weil bei Eckertz eine zu vorschnelle Ineinssetzung von rechtlichen und sittlichen Pflichten vorzuliegen scheint. Freilich bleibt das Problem als solches weiter offen – und wird identisch mit der Frage nach der Justiziabilität des Gewissens überhaupt.

Begründet Kriegsdienstverweigerung ein „Amt“?

Als drittes geht Buchheim auf die damit zusammenhängende Idee von Eckertz ein, dem Kriegsdienstverweigerer komme aus und wegen seiner Verweigerung ein „Amt“ zu, dessen Aufgabe gerade im zeugnishaften Bewußtmachen der Verantwortung für alle liege. Die Kritik Buchheims an der unmittelbaren Umsetzung des hier offenbar von Luther her begründeten Amtsbegriffs in die verfassungsrechtliche Argumentation erscheint berechtigt. Dem Kriegsdienstverweigerer kann ein solches „Amt“ wohl kaum zugesprochen werden. Andererseits ist die These, daß dem Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen selbst die Funktion zukomme, „den Menschen als Person in die Verantwortung zu rufen“, ebenfalls schon sehr früh in der Literatur vertreten worden – ein Ansatz, der übrigens der Aufmerksamkeit von Eckertz allem Anschein nach entgangen ist¹².

Ähnliche Gedanken verfolgt offenbar auch *H. Kratzmann* in seinem Beitrag „Wehrpflicht, Kriegsdienstverweigerung und drei Leitprinzipien des Grundgesetzes“, in dem er auch die ältere Literatur weitgehend aufnimmt¹³. Kratzmann will die Beziehungen zwischen Wehrpflicht bzw. Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen einerseits und den „Leitprinzipien“ der Demokratie, der Republik und des Sozialstaats andererseits klären. Auch hier kann aus der Breite der Thematik nur ein einziger Aspekt herausgegriffen werden. Kratzmann reichert die gegenwärtige Diskussionsphase insbesondere um die Frage an, ob nicht die in den letzten Jahren wieder gestiegene Zahl der Kriegsdienstverweigerer eine Krise des „sozialen Prinzips“ anzeige. Das soziale Prinzip könne zwar nicht – auch nicht über das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG – einfach in konkrete Rechtspflichten umgesetzt werden. Aber es stelle doch für eine Gewissensentscheidung, die dem mit dieser Benennung verbundenen hohen Anspruch gerecht werden wolle, einen stets zu berücksichtigenden Gesichtspunkt dar, der in die Gesamtheit der für die Entscheidung bedeutsamen Orientierungsaspekte einzugehen habe. Der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit führe jedenfalls dazu, daß „der betroffene Wehrpflichtige die Fragen an sein Gewissen nicht allein aus der sozusagen ‚eindimensionalen‘

Spannung zwischen den Forderungen des Staates und den eigenen autonomen Geboten herleiten darf, sondern dabei als weitere Dimension auch die Erwartungen seiner Mitbürger zu berücksichtigen hat“¹⁴.

Kratzmann schließt sich damit jedoch nicht der auch von Eckertz kritisierten These vom Verfassungsrang der Aufgabe militärischer Verteidigung an. Denn: „Daß die Antwort des Gewissens sich über diese Erwartungen von dritter Seite dennoch hinwegsetzen kann, ergibt sich eben aus dem Verfassungsrang des Art. 4 Abs. 3.“¹⁵ Offenbar würde er aber auch wieder der Behauptung von Eckertz widersprechen, daß auch derjenige, der zur Ableistung seiner Wehrpflicht bereit sei, die Pflicht habe, „in seinem Gewissen“ zu prüfen, ob er diesen Dienst leisten dürfe. Überspitzt ausgedrückt: Bei Eckertz ist der staatliche Anspruch auf den Gesetzesgehorsam im Fall der Wehrpflicht gleichsam total einnivelliert, weil der Betroffene nicht nur die Nichtbefolgung, sondern auch die Befolgung der Gesetzesanforderung erst nach einer gleichermaßen intensiven Anstrengung seines Gewissens leisten darf. Dagegen wird bei Kratzmann die Notwendigkeit militärischer Verteidigung im Rahmen der Gewissensentscheidung des potentiellen Verweigerers zu einem notwendigen, wenn auch allein nicht hinreichenden Orientierungselement. Dieses Orientierungselement begründet hier also nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine – auf der Basis von Art. 4 Abs. 3 GG widerlegbare – Vermutung.

Der Fall des Gesetzesgehorsams erscheint hier somit als der Normalfall, während der Fall der Verweigerung des Gehorsams gegenüber der gesetzlichen Wehrpflicht unter Berufung auf Gewissensgründe im Sinn des Grundrechts des Art. 4 Abs. 3 als der Ausnahmefall anerkannt wird, der die Regel bestätigt. Dies scheint inhaltlich durchaus dem Gedanken zu entsprechen, daß einerseits die Gewährleistung des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen in der Verfassung eine hervorragende Quelle aller staatlichen Legitimation sei, es andererseits aber „zugleich im Begriff der Verfassung begründet liege, daß der Staat auch die Ordnung als Ordnung bewahren“ und „die Verfassung davor schützen“ müsse, „durch die Inanspruchnahme der von ihr selbst gewährten Freiheitsrechte... als... Chance zur Ordnung... denaturiert zu werden“¹⁶.

Psychoanalytische Ansätze

In offenbarem Gegensatz zu Kratzmann, in gewisser Beziehung aber wiederum auch über Eckertz hinausgehend, will *P. Tiedemann* in seinem Beitrag „Gewissensfreiheit und Demokratie“¹⁷ für die Gewissensfreiheit insgesamt eine neue „Konzeption skizzieren“, die die „verfassungspolitische Bedeutung der Gewissensfreiheit unter zeitgenössischen Bedingungen“ verdeutlichen soll (387). Anlaß für diesen Versuch ist auch hier das Bemühen um die Interpretation des Art. 4

Abs. 3 des Grundgesetzes, wenngleich die Gewissensfreiheit als Ganzes thematisiert wird. Einerseits gewährleiste „wohl keine Verfassung der Welt die Gewissensfreiheit derart absolut und uneingeschränkt wie das Grundgesetz“. Andererseits versuche die Rechtsdogmatik, „die Wirksamkeit dieses Grundrechts zunehmend einzuschränken“. Hinter diesen Bemühungen steckt nach Tiedemann „die Angst vor der Anarchie, der, wie man fürchtet, eine uneingeschränkte Gewissensfreiheit Tür und Tor öffnen kann“ (371). Damit ist der Weg in den psychoanalytischen Diskurs vorgezeichnet. Ausgangspunkt für Tiedemann ist, daß die Rechtsordnung mit dem Grundrecht der Gewissensfreiheit und insbesondere mit Art. 4 Abs. 3 „die Tatsache anerkennt, daß sich ein Bürger in einem Loyalitätskonflikt zwischen den Ansprüchen der Rechtsordnung und den Ansprüchen des Gewissens befinden kann, wobei eine Harmonisierung dieser beiden Normenordnungen von Rechts wegen nicht möglich ist“ (378).

Damit sei ein neues Verständnis des Rechtsgehorsams gesetzt: Die Väter der Verfassung hätten „das Risiko, das von einer unhinterfragbaren, auf uneingeschränkter Loyalität beruhenden staatlichen Ordnung ausgeht“, mehr gefürchtet „als das Risiko der Anarchie, welches mit der Gewährleistung der Gewissensfreiheit zweifellos verbunden ist“. Dies sei nur mit der außergewöhnlichen Lage des öffentlichen Bewußtseins zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes zu erklären. Aber jenes Bewußtsein einer kollektiven „Lebenskatastrophe“ (386) dürfe nicht verlorengehen. Die „absolute Gewissensfreiheit“ des Grundgesetzes in ihrer ursprünglichen Intention habe sich keineswegs überlebt. „Die Rezeptions- und Dogmengeschichte“ zu Art. 4 GG sei jedoch ein „Spiegelbild... beharrlicher Verdrängung“ (379). Rechtsprechung und Rechtslehre suchten ständig nach Wegen, „um dem Grundrecht der Gewissensfreiheit die praktische Relevanz zu nehmen“ (381).

Diesem Verdikt Tiedemanns unterliegt natürlich auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Thesen von Eckertz und das Minderheitsgutachten der Richter Böckenförde und Mahrenholz erfahren hier also volle Zustimmung. Tiedemann räumt zwar ein, daß man „von einem rein juristischen Standpunkt vielleicht die Möglichkeit in Betracht“ ziehen müsse, „daß den anderen Rechtswerten der Verfassung ein so starker Eigenwert eingeräumt werden kann, weil die Staatskrise, aus der heraus die unbeschränkte Gewissensfreiheit Verfassungsinhalt wurde, heute als überwunden gelten kann. Wenn dies eine Verfassungsänderung rechtfertigt, dann sollte man dies aber auch offen – und durch den verfassungsändernden Gesetzgeber – tun und nicht mehr versuchen, den Anschein aufrechtzuerhalten, die Gewissensfreiheit, auf die sich Bürger heute noch erfolgreich berufen können, hätte etwas mit der Gewissensfreiheit zu tun, die 1949 ins Grundgesetz geschrieben wurde“ (387).

Dies ist gewiß sehr redlich gemeint. Macht es auch verfassungspraktischen Sinn? Zugegeben: Es klingt logisch, wenn Tiedemann sagt, „daß das Risiko der Anarchie

nicht ausgeschaltet, sondern ausgehalten werden muß, wenn das Grundrecht der Gewissensfreiheit eine sinnvolle Funktion haben soll“ (371). Aber schließt das die Pflicht aus, das Risiko der Anarchie zugleich nach Kräften und mit allen Mitteln zu minimieren, die nicht ihrerseits das Grundrecht der Gewissensfreiheit ausschalten? Denn was bleibt von diesem Grundrecht, wenn Anarchie Wirklichkeit wird? Muß dann nicht, je mehr uns an der substanziellen Bewahrung des Grundrechts der Gewissensfreiheit liegt, auch die Bereitschaft, das Risiko der Anarchie einzugehen, von neuem fragwürdig werden?

Ein obsolet gewordenes Grundrecht?

Ist es dann, um noch einen letzten Beitrag im Umkreis der von Eckertz neu ausgelösten Diskussion zu nennen, nicht viel konsequenter, mit *H. G. Schultz-Gerstein*¹⁸ zu erklären: „Eine grundlegende politische Lösung, die rechtsstaatlichen Erfordernissen gerecht wird, kann nur erreicht werden, wenn das Grundrecht (der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen) auf den Krieg beschränkt oder wenn es ganz aufgehoben wird“ (50)? Der Verfasser weiß, daß „für beide Alternativen im Augenblick keine Mehrheit in Sicht“ ist. Indiziert somit allein dieses Faktum bereits eine Ablehnung seiner Thesen? Oder will er nur die letztlich von allen Autoren beschriebene „Unlösbarkeit“ des Problems auch seinerseits konstatieren? Jedenfalls gibt es keinen Anlaß, daran zu zweifeln, daß es nach der Meinung des Verfassers gleichermaßen Pflicht des Staates ist, die individuelle Freiheit des Gewissens zu schützen wie Recht und Freiheit des gesamten Volkes zu verteidigen (38).

Allerdings muß die Frage erlaubt sein, ob denn Schultz-Gersteins Vorschlag, das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen auf den Waffendienst im Krieg zu beschränken, von der Grundrechtssubstanz und ihrer legitimierenden Wirkung her wenigstens theoretisch einen Sinn ergeben kann. Für Schultz-Gerstein „regt sich das Gewissen nämlich nicht abstrakt, sondern in konkreten Situationen“. Dies ist, wie nun schon mehrfach deutlich geworden ist, gewiß zutreffend. Eckertz hat – durchaus mit breiter Zustimmung – seine Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zuletzt damit begründet. Aber die konkrete Situation, in der sich das Gewissen nach Auffassung von Schultz-Gerstein überhaupt nur regen kann, ist allein die des Krieges: „In Zeiten des Friedens und im Schoße der Sicherheit eines funktionsfähigen demokratischen Rechtsstaates steht das Gewissen des Wehrpflichtigen gar nicht auf dem Prüfstand der unmittelbaren und konkreten Bedrohung für Leib und Leben. Während des Wehrdienstes muß niemand töten, niemand verliert seine Freiheit und die Menschenrechte bleiben gewahrt“ (40). Kann es da bei der Zustimmung bleiben? Schultz-Gerstein fährt fort: „Der Gewissensdruck des Wehrpflichtigen der Gegen-

wart kann nämlich nicht von dem Zwang, im Kriege töten zu müssen oder der Gefahr getötet zu werden, ausgelöst werden, sondern allein von der Wahrnehmung politischer Verhältnisse, die im Augenblick subjektiv betrachtet und beurteilt werden“ (40).

Nun ist die Aporie vollkommen. Denn Schultz-Gerstein hält es offenbar sehr wohl für möglich, daß sich aus solcher politischer Wahrnehmung Gewissenszwang ergibt, hat aber zuvor kritisiert, daß „die Tatbestandsmerkmale ‚Krieg‘ und ‚Waffe‘ auf der Strecke geblieben sind“. Demgegenüber haben Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend die Ansicht vertreten, daß Art. 4 Abs. 3 GG natürlich auch in Friedenszeiten gelte, und das Bundesverfassungsgericht hat gerade eine konkrete politische Motivation mehrheitlich für unzureichend für die Begründung einer Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 3 GG erklärt. Dagegen richtet sich, wie gezeigt, verbreitete Kritik, die sich freilich ihrerseits den Thesen von Schultz-Gerstein wiederum kaum anschließen dürfte.

Was im Rahmen der hier verfügbaren Möglichkeiten zu belegen war, ist deutlich geworden. Die Arbeit von Eckertz hat das unbestreitbare Verdienst, eine bisher offensichtlich ungelöste, möglicherweise wirklich aporetische Problemlage im Nachdenken über unsere Verfassung und in unserem Umgehen mit ihr von neuem verdeutlicht zu haben. Die Fülle der dabei angesprochenen Aspekte und die Intensität, mit der die Argumentation entfaltet wird, sind staunenswert und verdienen hohe Anerkennung. Aber gelöst in dem Sinn, daß nunmehr Klarheit geschaffen wäre und gleichsam die Akten über ihnen geschlossen werden könnten, sind die Probleme nicht. Daran vermag wohl auch die Autorität der beiden Verfassungsrichter, die ja die Argumentation von Eckertz bestätigend aufgreifen und ihrerseits verdichten, letztlich noch nichts zu ändern. Nicht nur die Verfassungsrechtslehre, sondern auch alle anderen betroffenen Disziplinen bleiben also herausgefordert. Auch die konkreten Bezugnahmen auf „die Auffassung der katholischen Kirche“ und „die weitergehende Glaubenslehre der evangelischen Kirche“ im Sondervotum (80) können kaum schon als ein – zumindest vorläufiges – Ende der Debatte angesehen werden. Wie weit sich nun der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 3 GG, dessen Reichweite offenbar noch immer kontrovers ist, wirklich in Deckung bringen läßt mit dem Bereich von Gewissensurteilen, die „nach der Auffassung der katholischen Kirche... in Wahrheit als ethische, sittliche Grundentscheidungen in Betracht kommen“, ist ja in mehrfacher Hinsicht noch nicht ausgemacht: Die von den beiden Verfassungsrichtern vorgetragene Begründung liefert manche Orientierung, will aber gewiß auch die Fortsetzung der Debatte im philosophischen und theologischen Bereich nicht erübrigen.

Bleibt also nichts als „eine düstere Perspektive“?¹⁹ Weder Resignation noch Euphorie sind angebracht. Daß „das Problem der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen die Antithese von Freiheit und Bindung mit exemplarischer Kraft gerade in einem Grundrecht der Verfassung als eine Spannung sichtbar

werden läßt, aus der Staatslehre, Verfassungstheorie und Sozialethik völlig neue Fragen und Ansätze gewinnen können“²⁰, ist als erstes Ergebnis noch ziemlich isolierten Suchens schon früh, vor der Verabschiedung des Wehrpflichtgesetzes, als These formuliert worden. Diese These scheint die Grundsubstanz der Problemlage, wie sie sich im heutigen Diskussionsstand zeigt, noch immer einigermaßen zu treffen. Aber das wird höchstens den Autor ein wenig trösten können, der sie damals formuliert hat. Ansonsten müssen wir wohl erneut beim Anfang anzusetzen beginnen: „Es gehört zur Struktur des freiheitlichen Rechtsstaates, daß er von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen.“

ANMERKUNGEN

¹ E. W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie (Stuttgart 1967) 75–94; hier zit. nach dem Wiederabdruck in: E. W. Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit (Frankfurt 1976) 60.

² Eckertz, Rainer: Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts. Zur Überwindung des Dezisionismus im demokratischen Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos 1986. 471 S. Kart. 98.–.

³ BVerfGE 69, Iff.; Sondervotum 69, 57ff. ⁴ Ebd. 80. ⁵ Ebd. 81 ⁶ Ebd. 63,79.

⁷ H. Buchheim, Gewissen und gesellschaftliche Ordnung, in: Herder-Korrespondenz 41 (1987) 285–290.

⁸ Eckertz, a. a. O. 21.

⁹ Buchheim, a. a. O. 286.

¹⁰ Z. B. G. Leder, Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen (1957) 79 u. passim.

¹¹ Eckertz, a. a. O. 119, auch 120.

¹² Leder, a. a. O. 140

¹³ H. Kratzmann, Wehrpflicht, Kriegsdienstverweigerung und drei Leitprinzipien des Grundgesetzes, in: Der Staat (1987) 187–206. ¹⁴ Ebd. 205f. ¹⁵ Ebd. 206

¹⁶ Leder, a. a. O. 140

¹⁷ P. Tiedemann, Gewissensfreiheit und Demokratie, in: Der Staat (1987) 371–396.

¹⁸ H. G. Schultz-Gerstein, Staat und Gewissen: Ein Beitrag zum Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung, in: Beiträge zur Konfliktforschung (1987) H. 4, 37–52.

¹⁹ Kratzmann, a. a. O. 206.

²⁰ Leder, a. a. O. 140.