

tums durch das LG hat das KG zu Recht beanstandet. Das LG hatte sich die Sache augenscheinlich zu leicht gemacht. Denn die Angeklagte hatte in doppelter Weise gegen die ihr abzuverlangenden Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Rechtslage verstoßen: Zum einen wußte sie, daß sie sich in einem strafrechtlich relevanten Bereich bewegte. Ihr lag geradezu daran, aus kommerziellen Interessen sich „am Rande der Legalität“ zu bewegen. In solchen Fällen, in denen sich der Täter wissentlich in die Grauzone zwischen dem Erlaubten und Verbotenen begibt, muß man sich ohnehin fragen, ob hier überhaupt noch eine Irrtumssituation vorliegt, wie sie der Gesetzgeber bei der Regelung des § 17 im Auge hatte. Regelmäßig wird hier ein bedingter Vorsatz im klassischen Sinne⁵² mit dem entsprechenden bedingten Unrechtsbewußtsein vorliegen, wobei die Befragung der angestellten Hausjuristen nur eine Feigenblattfunktion haben kann. Aber auch dann, wenn die Angeklagte objektiv vertrauenswürdig, d. h. unabhängige Juristen befragt hätte, bleibt zweifelhaft, ob sie dann entlastet worden wäre. Bestenfalls hätte sie eine neutralere Darstellung der Auslegungskontroversen der Rechtsprechung zu § 184 I Nr. 7 bekommen und erfahren, daß die Meinungsbildung offensichtlich noch nicht abgeschlossen war. Nach allen Ansichten⁵³ wäre der Irrtum auch dann unbeachtlich.

52) Dreher-Tröndle, § 17 Rdnr. 5; Preisendanz, § 17 Rdnr. 7 aa; Lackner, § 17 Anm. 2 c m. w. Nachw.

53) Vgl. Dreher-Tröndle, § 17 Rdnr. 9.

Wiss. Mitarbeiter Christian Gusy, Bochum

Kriegsdienstverweigerung – das verwaltete Grundrecht – BVerfGE 48, 127*

Gegenstand des Verfahrens vor dem 2. Senat des BVerfG war ein Normenkontrollantrag gegen die Abschaffung des Anerkennungsverfahrens für Kriegsdienstverweigerer gem. § 26 WehrPflG a. F.¹, die das Gericht – in Übereinstimmung mit seiner vorherigen einstweiligen Anordnung² – für verfassungswidrig erklärte³.

I. Der Grundrechtsschutz des Art. 4 III 1 GG

Gem. Art. 4 III 1 darf niemand gegen sein Gewissen zum „Kriegsdienst mit der Waffe“ herangezogen werden. Schutzziel dieses Grundrechts ist es, die Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst mit der Waffe zu schützen und den Kriegsdienstverweigerer vor dem Zwang zu bewahren, töten zu müssen⁴. Dieser Schutz gilt für jeden, dem sein Gewissen ein Tun verbietet, das unmittelbar darauf gerichtet ist, Menschen im Krieg zu töten⁵. Dem entnehmen Rechtsprechung und Lehre das Recht, nicht nur den Waffendienst im Krieg, sondern auch denjenigen im Frieden verweigern zu dürfen⁶.

Demgegenüber äußert das BVerfG nunmehr (S. 163f.) die Auffassung, der „Kerngehalt“ des Grundrechts aus Art. 4 III bestehe darin, „den Kriegsdienstverweigerer vor dem Zwang zu bewahren, in einer Kriegshandlung einen anderen töten zu müssen . . . Die Ableistung von Wehrdienst außerhalb dieser Zwangslage und ihres unmittelbaren Zusammenhangs, insbesondere die Leistung von Wehrdienst in Friedenszeiten, fällt nicht schlechthin in den Kernbereich des Art. 4 III.“ Das Grundgesetz gebe nur durch die in Art. 12 II enthaltene „Ermächtigung, auf gesetzlichem Wege eine Ersatzdienstpflicht einzuführen“, zu erkennen, daß es Kriegsdienstverweigerer „auch außerhalb des von Art. 4 III geschützten Kernbereichs“ grundsätzlich auch in Friedenszeiten nicht zum Waffendienst herangezogen wissen will. Das Recht auf Verweigerung des Wehrdienstes gehört demnach nicht zum „Kernbereich“ des Art. 4 III, es kann jedoch gesetzlich

eingeführt werden. Der Gesetzgeber ist dazu jedoch nicht verpflichtet, ein subjektives Recht darauf steht dementsprechend den Betroffenen nicht zu.

Die Argumentation mit einem Grundrechts-„Kernbereich“ ist zwar in der Rechtsprechung des BVerfG nicht völlig neu⁷, dieser Bereich wurde jedoch bisher als negatorische Mindestgarantie individueller Staatsfreiheit angesehen, der gesetzlichen Regelungen stets entzogen war. Nach der neuen Auslegung des BVerfG ist der „Kernbereich“ mit dem „Schutzbereich“ identisch, der Begriff des „Kernbereichs“ somit für die Grundrechtsinterpretation nicht weiterführend. Die terminologische Nähe zur Wesensgehaltsgarantie⁸, die von dem erheblich weiteren Schutzbereich der Grundrechte zu unterscheiden ist, birgt die Gefahr, daß der Grundrechtsschutz durch die Orientierung am „Kernbereich“ verkürzt wird.

Ist nach der neuen Rechtsprechung der Gesetzgeber durch Art. 12a II zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die „Kriegsdienstverweigerung“ auf die „Wehrdienstverweigerung“ auszudehnen, so wäre dennoch eine – danach mögliche – Einengung des Weigerungsrechts auf eigentliche Kriegshandlungen erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Der Wehrdienst stellt keinen eigenständigen „Wert“ dar, sondern wird durch seinen Zweck legitimiert, Wehrpflichtige für den Dienst mit der Waffe im Ernstfall auszubilden. Besteht somit die Wehrpflicht im Interesse der Verteidigung der Bundesrepublik im Kriegsfall, so können in deren Interesse die Grundrechte der Bürger durch die allgemeine Wehrpflicht eingeschränkt werden⁹; der Wehrdienst ist somit durch ein verfassungsrechtlich geschütztes öffentliches Interesse (Art. 87a) legitimiert. Grundrechtseinschränkungen sind jedoch stets an das Übermaßverbot gebunden, das in seinen Dimensionen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit¹⁰ auch bei der Lösung von Spannungslagen zwischen Verfassungsnormen Geltung beansprucht¹¹. Eine – nach Auffassung des BVerfG – zulässige Heranziehung potentieller Kriegsdienstverweigerer zum Wehrdienst hätte ausschließlich den Zweck, sie zu einer Tätigkeit vorzubereiten, die sie aus Gewissensgründen ablehnen¹² und zu deren

* Urt. v. 13. 4. 1978 – 2 BvF 1, 2, 4, 5/77 m. abw. Votum Hirsch = JuS 1979, 56 Nr. 1 = NJW 1978, 1245 = BayVBl 1978, 366, 401 = DÖV 1978, 507 = DVBl 1978, 394 = EUGRZ 1978, 162. – Art. ohne Gesetzesangabe sind solche des GG; Seitenzahlen ohne weitere Angaben beziehen sich auf die Wiedergabe der besprochenen Entscheidung in der Amtl. Sig.

1) S. das Gesetz zur Änderung des Wehrpflicht- und des Zivildienstgesetzes v. 13. 7. 1977 (BGBl I, 1229); dazu Riecker, NJW 1977, 2056ff.; der Rechtszustand vor diesem Gesetz wird im folgenden als „a.F.“ bezeichnet.

2) BVerfGE 46, 337ff.

3) Ausführliche Wiedergabe des Sachverhalts in JuS 1979, 56 Nr. 1.

4) BVerfGE 32, 40 (45) unter Hinweis auf E 28, 243 (262).

5) BVerfGE 12, 45 (56f.).

6) S. etwa BVerfGE 12, 45 (56); 23, 191 (204); BVerwGE 7, 242 (Ls. 1, 243); v. Mangoldt-Klein, GG, 2. Aufl. (1966), Art. 4 Anm. VI 13; Herzog in: Mainz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, 5. Aufl. (1978), Art. 4 Rdnr. 176; Zippelius in, BK, 2. Bearb. Art. 4 Rdnr. 97; Hemmrich, in: v. Münch (Hrsg.), GG, Art. 4 Rdnr. 34; Hamann-Lenz, GG, 3. Aufl. (1970), Art. 4 Anm. B 8; J. Ipsen, ZRP 1978, 153 m. Nachw. in Fußn. 1; dagegen nur Korte, Der kriegsdienstverweigernde Soldat, Diss. Mainz 1972, S. 182.

7) So umschreibt etwa BVerfGE 35, 71 (122, 124) den „Kernbereich“ des Art. 5 III als „unantastbar“ durch organisatorische Maßnahmen zur Freiheitssicherung.

8) So umschreibt v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. V 4 d, den Wesensgehalt der Grundrechte als „Wesenskern“; s. zu diesem Aspekt auch J. Ipsen, ZRP 1978, 154.

9) So zutr. das BVerfG, S. 161; die Wehrpflicht stellt einen „traditionellen Eingriff“ dar, der durch die Verteidigungsfähigkeit der Bundesrepublik als legitimer öffentlicher Zweck gerechtfertigt wird.

10) S. dazu ausf. Wittig, DÖV 1968, 817ff.; Grabitz, AöR 98 (1973), 571ff.; vgl. noch die Darstellung in BVerfG, JuS 1979, 209 Nr. 1 m. Nachw.

11) BVerfGE 28, 243 (260f.); 30, 173 (193f.); zusammenfassend Hesse, VerfR, 11. Aufl. (1978), § 10 II 2.

12) BVerfGE 12, 45 (56).

Verweigerung sie durch Art. 4 III 1 GG berechtigt sind; unter den Wehrpflichtigen existierte in diesem Fall stets eine unbekannte Zahl potentieller Kriegsdienstverweigerer, die im Ernstfall für die Verteidigung der Bundesrepublik gerade nicht zur Verfügung ständen¹³. Damit entfällt jedoch für die Grundrechtseinschränkung durch Einberufung zum Wehrdienst der legitimierende öffentliche Zweck, die Ausbildung zum Kriegsdienst wird für Bürger, die diesen aus Gewissensgründen verweigern, sinnlos. Eine derartige Grundrechtseinschränkung, die nicht zur Sicherung eines höherwertigen Zwecks erfolgt, wäre wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot verfassungswidrig; der Gesetzgeber ist daher an einer solchen Maßnahme durch das Grundgesetz gehindert. Art. 12a I ermächtigt, die Freiheitsrechte verpflichten den Gesetzgeber, das Weigerungsrecht auf den Wehrdienst auszuweiten¹⁴.

II. Die Gewissensprüfung als Grundrechtseinschränkung

§ 26 I WehrPflG a. F. ordnet an, daß über die Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, auf Antrag in einem förmlichen Verfahren (§ 26 WehrPflG a. F.) entschieden wird¹⁵. Zweck der Anerkennung soll es – in den Worten des BVerfG – sein, daß „zur Überzeugung der zuständigen Behörden hinreichend erkennbar“ wird, „daß die Verweigerung auf einer nach Art. 4 III GG relevanten Gewissensentscheidung beruht“, damit nicht „der wehrpflichtige Bürger den Wehrdienst nach Belieben verweigern kann“ (S. 169). Daher wird der Weigerung ihre volle Wirkung erst zuerkannt, wenn im Verfahren eine positive Entscheidung ergangen ist.

Das Grundrecht aus Art. 4 III 1 GG ist demgegenüber gem. Art. 1 III GG unmittelbar geltendes Recht. Die Struktur dieses Grundrechts als Abwehrrecht gegen staatlichen Zwang zum Kriegsdienst mit der Waffe läßt es als eine grundsätzlich nicht durch staatliche Rechtsetzung ausführungsbefähigte Norm erscheinen. Art. 4 III 2 ermächtigt zwar zur Regelung des „Näheren“, jedoch nur insoweit, als solche Bestimmungen mit Art. 4 III 1 GG vereinbar sind und der sachliche Gehalt des Grundrechts nicht tangiert wird¹⁶. Lassen somit Wortlaut und Gehalt dieses Grundrechts nicht die Interpretation zu, daß die Wirksamkeit der Kriegsdienstverweigerung bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Anerkennungsentscheidung hinausgeschoben wird¹⁷, so macht andererseits das Anerkennungsverfahren ihre volle Effektivität davon abhängig, daß der Bürger nicht nur den Kriegsdienst mit der Waffe ablehnt, sondern daß darüber hinaus das Vorliegen dieser Voraussetzung *positiv festgestellt* worden ist. Das Anerkennungsverfahren stellt also für den negatorischen Grundrechtsschutz zusätzliche Voraussetzungen auf und ist damit als eine Einschränkung anzusehen, die nur im Rahmen der verfassungsrechtlich festgelegten Grundrechtsschranken des Art. 4 III zulässig ist¹⁸. Wegen des Fehlens normtextlicher Begrenzungen oder eines Einschränkungsvorbehaltes kann dieses Freiheitsrecht nur durch „mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte“^{18a} begrenzt werden.

1. Die „Wehrgerechtigkeit“ als Schranke des Art. 4 III 1 GG

Das BVerfG leitet die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Prüfung der Gewissensgründe aus der „Wehrgerechtigkeit“ her.

Der Senat entnimmt Art. 87a I, 73 Nr. 1 GG den „Verfassungsgrundsatz der militärischen Landesverteidigung“ (S. 159ff.), der von den zuständigen Staatsorganen, insbesondere dem Gesetzgeber, zu konkretisieren ist. Dieser Grundsatz ist Grundlage der allgemeinen Wehrpflicht¹⁹ in der Ausprägung durch Art. 12a I. Die Wehrpflicht ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes und zugleich bei ihrer Durchführung an Art. 3 I gebunden (S. 162). Daraus folgt das

BVerfG den Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“, der eine „hinreichend bestimmte normative Festlegung der Wehrdienstausnahmen“ fordert. Demgegenüber garantiert Art. 4 III 1 GG das Recht auf Kriegsdienstverweigerung, das „selbst der verfassungsrechtlich verankerten Pflicht, sich an der bewaffneten Landesverteidigung und damit insoweit an der Sicherung der staatlichen Existenz zu beteiligen, eine unüberwindliche Schranke“ entgegengesetzt (S. 163). Gem. Art. 12a II sei der Gesetzgeber jedoch ermächtigt, einen Ersatzdienst einzuführen, der als „Ersatz“ an die Stelle der „im Einzelfall rechtmäßig verweigerten Wehrpflicht“ trete (S. 165). Die Kriegsdienstverweigerung als Wehrdienstausnahme steht danach gleichfalls unter dem Gebot der Wehrgerechtigkeit, gesetzliche Regelungen müssen ausschließen, daß der „mißbräuchlichen Berufung auf das Gewissen Tür und Tor“ geöffnet und die „Verletzung einer Gemeinschaftspflicht in gleichheitswidriger Weise“ hingenommen wird (S. 169). Um diesem „Mißbrauch“ vorzubeugen, müsse eine „Probe auf die Gewissensentscheidung“ durchgeführt werden²⁰.

Die Verwirklichung dieses Ziels möglicher „Pflichtengleichheit“²¹ erschien durch den starken Anstieg der Zahl der Kriegsdienstverweigerer tatsächlich gefährdet, da für die geringere Zahl derjenigen, die zum Wehrdienst zur Verfügung standen, die Wahrscheinlichkeit ihrer Einberufung stieg, während umgekehrt die erhöhte Zahl der Kriegsdienstverweigerer die Wahrscheinlichkeit, zum Ersatzdienst herangezogen zu werden, reduzierte²².

Der vom BVerfG herangezogene Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“ ist bislang rechtlich nicht näher konturiert, er bezeichnet vielmehr eine wehrpolitische Zielvorstellung²², möglichst alle Wehrpflichtigen eines Jahrgangs nach „gerechten Kriterien“ einzuberufen. Für dasselbe Phänomen auf der Ebene des Ersatzdienstes spricht man von der „Ersatzdienstgerechtigkeit“²². Demgegenüber wendet das BVerfG den Begriff der „Wehrgerechtigkeit“ auf Wehr- und Ersatzdienst an. Die Anwendbarkeit dieses aus Art. 3 I GG hergeleiteten Grundsatzes setzt jedoch voraus, daß die beiden Dienstpflichten „gleiche“ Sachverhalte i. S. dieses Grundrechts darstellen.

Das Grundgesetz geht einerseits von der Notwendigkeit der Verteidigungsbereitschaft aus (Art. 87a), stellt ihr jedoch andererseits die Gewissensentscheidung des einzelnen gegen den Kriegsdienst als verbindlich entgegen, indem es gerade in Krisenzeiten dem Bürger ein uneingeschränktes Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung zuerkennt²³. Mögen die Bedürfnisse des Staates bei einer Abwägung einen hohen Rang einnehmen, so stellt das Grundgesetz dennoch die Pflicht zur Leistung von Kriegsdienst nicht ausschließlich in den Dienst der Interessen der Allgemeinheit; vielmehr ist der einzelne

13) J. Ipsen, ZRP 1978, 153.

14) Demzufolge besteht die Gefahr der Einführung eines Grundrechts auf Wehrdienstverweigerung aus Art. 21 GG.

15) Das Anerkennungsverfahren war in der Vergangenheit heftiger Kritik ausgesetzt, referiert in BVerfG, S. 167f.

16) BVerfGE 28, 243 (260) unter Hinweis auf E 12, 45 (53).

17) BVerfGE 28, 243 (260); s. auch BVerfGE 7, 242 (Ls. 1): „Die Berechtigung des Wehrpflichtigen, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz“ (scil. Art. 4 III; s. ebda. S. 243).

18) Das ist unabhängig von der jeweils vertretenen „Grundrechtstheorie“; s. dazu Böckemförde, NJW 1974, 1529ff.: Auch nach der institutionellen Grundrechtsauffassung ist die Ausgestaltung an das jeweilige „Leitbild“ des Grundrechts gebunden; s. dazu grdl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, 2. Aufl. (1972), S. 182ff.

18a) S. dazu für Art. 4 III GG BVerfGE 28, 243 (261); 48, 127 (163).

19) Nach dem BVerfG (S. 160) kann die Landesverteidigung jedoch auch durch eine Freiwilligenarmee gewährleistet sein.

20) Der „Mißbrauch“ der Grundrechte ist außerhalb des Art. 18 GG bisher überwiegend im Asylrecht diskutiert; s. dazu in neuerer Zeit v. Poltern, DÖV 1978, 555ff., einerseits; Franz, ZRP 1977, 269ff., andererseits.

21) So die Formulierung von J. Ipsen, ZRP 1978, 155, der diesen Grundsatz dem der Wehrgerechtigkeit als dogmatisch fundierter vorzieht; s. zur Pflichtengleichheit K. Ipsen-J. Ipsen, in: BK, 2. Bearb., Art. 12a Rdrrn. 89ff.

22) S. dazu auch Ipsen, ZRP 1978, 155.

23) Gerade dies ist das Resultat der o. I. dargestellten Interpretation des Art. 4 III durch das BVerfG: Je dringlicher die Bedürfnisse der Landesverteidigung, desto stärker ist der entgegenstehende Grundrechtsschutz.

berechtigt, sich ihr gegenüber auf sein Gewissen zu berufen. Auch wenn er sich dadurch der möglicherweise ranghöchsten Pflicht zum Eintreten für den Staat „entzieht“, so wird diese Entscheidung durch Art. 4 III 1 nicht nur geduldet, sondern geschützt; die grundrechtlich garantierte Freiheit darf im Rahmen der Schranken ohne staatliche Pression, Sanktion oder sonstige Benachteiligung ausgeübt werden.

Sind somit die Staatsorgane wegen Art. 4 III 1 nicht berechtigt, den Kriegsdienstverweigerer aus Gewissensgründen wegen seiner Entscheidung zu benachteiligen, so sind sie umgekehrt verpflichtet, die Gleichwertigkeit der Leistung des Kriegsdienstes und der Kriegsdienstverweigerung anzuerkennen. Aus der Subsidiarität des Ersatzdienstes darf nicht auf die Subsidiarität der Kriegsdienstverweigerung geschlossen werden²⁴. Art. 4 III 1 kommt somit nicht nur eine Freiheits-, sondern zugleich eine Gleichheitsdimension zu: Kriegsdienst und seine Verweigerung stehen einander gleichrangig gegenüber. Diese Gleichrangigkeit wird nicht erst durch die Ersatzdienstpflicht aus Art. 12a II hergestellt; die Pflicht zu einer solchen Dienstleistung ist nicht dazu eingeführt, ein Gleichheitsdefizit in Art. 4 III 1 zu kompensieren. Dementsprechend ist der Gesetzgeber durch Art. 12a II nur ermächtigt, nicht aber verpflichtet, im Falle der Einführung des Kriegsdienstes zugleich einen Ersatzdienst zu schaffen; diese Regelung darf nicht durch Art. 3 I umgangen werden. Die Gleichheitsdimension des Art. 4 III 1 geht insoweit dem allgemein Gleichheitssatz vor. Können demnach Bürger, die sich nicht auf das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung berufen können, zum Kriegsdienst herangezogen werden, so ist der Kriegsdienstverweigerer zu dieser Leistung gem. Art. 4 III 1 nicht verpflichtet, ohne daß ihm daraus ein Nachteil entstehen darf. „Wehrgerechtigkeit“ und „Pflichtengleichheit“ besteht somit nur für solche Bürger, die rechtlich für den Kriegsdienst zur Verfügung stehen (demnach etwa auch nicht für Frauen oder Untaugliche). Findet daher der grundsätzlich legitime staatliche Anspruch auf Kriegsdienstleistung seine Grenze in Art. 4 III 1²⁵, so ist damit die Anwendung des Grundsatzes der „Wehrgerechtigkeit“ über den Bereich der Wehrpflicht hinaus nicht möglich²⁶.

Bezieht sich also die Höhe der Wahrscheinlichkeit, zu einer oder der anderen Dienstpflicht einberufen zu werden, nicht auf „gleiche“ Tatbestände, so kann Art. 3 I insoweit keine Anwendung finden²⁷. Zwar mögen dadurch Kriegsdienstverweigerer in bestimmten Situationen faktisch begünstigt sein, dieser Zustand wird jedoch durch Art. 4 III 1, 12a II hingenommen²⁸.

2. Die Funktionsfähigkeit der militärischen Verteidigung als Schranke des Art. 4 III 1

Die Zuordnung der militärischen Verteidigung und der individuellen Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst im Grundgesetz birgt die Gefahr, daß auch Kriegsdienstpflichtige, denen das Grundrecht aus Art. 4 III 1 nicht zusteht, sich unter Berufung auf angeblich entgegenstehende Gewissensgründe ihrer Einberufung entziehen, um so – tatsächliche oder vermeintliche – Vorteile bei der zu leistenden Dienstpflicht zu erlangen. Ihr Verhalten ist nicht durch Art. 4 III 1 geschützt, vielmehr nutzen sie die Tatsache aus, daß die Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst als ausschließlich innerer Vorgang im Menschen nur einen sehr geringen nach außen tretenden Gehalt aufweist²⁹. Ein derartiges Verhalten, das nicht als dem Kriegsdienst gleichwertige Kriegsdienstverweigerung zu qualifizieren ist, kann im Ernstfall dazu führen, daß die Erfordernisse der militärischen Verteidigung gefährdet werden, wenn der Bundeswehr nicht mehr die erforderliche Anzahl tauglicher Soldaten zur Verfügung steht. Ein solcher Zustand ist weder durch Art. 4 III 1 noch

durch andere Verfassungsnormen hingenommen oder geschützt.

Die Berufung auf eine angebliche Gewissensentscheidung zur Ausnutzung der durch das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung angeblich gewährten Vorteile wird vom BVerfG als „mißbräuchliche Berufung“ (S. 169) qualifiziert³⁰. Diese Terminologie berücksichtigt nicht, daß durch solche „Lippenbekenntnisse“ das Grundrecht des Art. 4 III 1 weder „gebraucht“ noch „mißbraucht“ wird³¹, sondern nur unter Ausnutzung der durch dieses Grundrecht geschaffenen faktischen Lage Vorteile erstrebt werden; dieses Verhalten ist jedoch unter dem Aspekt des Art. 4 III 1 grundrechtlich irrelevant.

Das Grundgesetz, das nur die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen schützt, verbietet nicht den Schutz der Bedürfnisse der militärischen Verteidigung vor ungerechtfertigter Kriegsdienstverweigerung; der Gesetzgeber ist daher verfassungsrechtlich nicht gehindert, dazu geeignete Maßnahmen zu ergreifen³². Grundlage solcher Vorkehrungen ist jedoch nicht der vom BVerfG herangezogene Grundsatz der „Wehrgerechtigkeit“, sondern ausschließlich der Schutz der Funktionsfähigkeit der militärischen Verteidigung³³. Zumindest solange keine akute Gefahr für dieses Rechtsgut bestand, war der Gesetzgeber nicht verpflichtet, Vorkehrungen zur Verhinderung ungerechtfertigter Kriegsdienstverweigerung zu treffen, die – wie das Anerkennungsverfahren – in das Grundrecht aus Art. 4 III 1 eingreifen, er war zu ihrer Sicherung nur berechtigt. Den Staat traf somit keine Pflicht zur Einführung des Anerkennungsverfahrens, er hatte jedoch ein Recht dazu. Der Schutz der Verteidigungsfähigkeit war durch den Gesetzgeber in dem neugeschaffenen § 25a WehrPflG sichergestellt, der gewisse Vorkehrungen vorsah, wenn der verfassungsmäßige Auftrag der Bundeswehr gefährdet war³⁴. Diese Regelung war somit verfassungsgemäß.

3. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vorkehrungen zur Sicherung der militärischen Verteidigung

Maßnahmen zum Schutz der Landesverteidigung müssen grundsätzlich stets mit Art. 4 III 1 vereinbar sein, der hinter kollidierende Erfordernisse nur so weit zurückgedrängt werden darf, wie das zwingend erscheint.

a) Entscheidet sich der Gesetzgeber für die *Beibehaltung des Anerkennungsverfahrens*, so ist das ausschlaggebende Kriterium für die Eingriffsintensität die Regelung der Beweislast.

24) Das Verhältnis zwischen Art. 12a I und Art. 12a II sagt über das Verhältnis zwischen Art. 4 III 1 und Art. 87a nichts aus.

25) Dieser Umstand wird in der Literatur gelegentlich als Vorrang des Gewissens vor der Staatssouveränität bezeichnet; s. *Hirsch* im abw. Votum, S. 189 m. Nachw.; das Verhältnis zwischen Kriegsdienst und Kriegsdienstverweigerung ist kein Regel-Ausnahme-Verhältnis, s. *Kant*, Kriegsdienstverweigerung, Diss. Gießen 1974, S. 139; Art. 4 III 1 stellt keine Wehrdienstausnahme dar, so aber BVerfG, S. 163.

26) So wird auch die von *J. Ipsen*, ZRP 1978, 155 herangezogene „Pflichtengleichheit“ von *K. Ipsen-J. Ipsen*, aaO (o. Fußn. 26) nur auf die Wehrpflicht, nicht auf Wehr- und Ersatzdienst angewendet.

27) Das würdigt auch *Martens*, GG und Wehrverfassung, 1961, S. 131 m. Nachw., nicht; der allgemeine Gleichheitssatz ist nicht anwendbar, wenn das Grundgesetz die Kriterien der Gleichheit oder Ungleichheit selbst bestimmt und somit eine speziellere Regelung trifft.

28) S. zum Ganzen auch *Hirsch* in abw. Votum, S. 190.

29) Art. 4 III 1 erfordert nur, daß der Betroffene den „Kriegsdienst mit der Waffe“ ablehnt, er braucht nicht jedem Waffengebrauch ablehnend gegenüberzustehen; so auch BVerwGE 44, 313; bedenklich dagegen BVerwGE 37, 69.

30) S. dazu schon o. zu Fußn. 20.

31) Vgl. zum Verhältnis von „Grundrechtsgebrauch“ und „Grundrechtsmißbrauch“ *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 81 ff.

32) Auf diesen Aspekt stellt etwa BVerfGE 28, 243 (261 ff.) zur Legitimierung des Verfahrens ab.

33) Auf diese Erwägung geht das BVerfG in seinem Urteil nicht ein, die „Mißbrauchsmöglichkeit“ wird nur unter dem Aspekt der – nicht anwendbaren – Wehrgerechtigkeit geprüft; vgl. dagegen BVerwG, NJW 1978, 1277.

34) In diesem Fall sollte das Anerkennungsverfahren durch Rechtsverordnung wieder eingeführt werden können.

Zwar besteht im Verfahren keine formelle Beweislast³⁵, andererseits erlegt die Rechtsprechung die materielle Beweislast „nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ dem Kriegsdienstverweigerer auf³⁶. Die grundrechtlich garantierte Freiheitsausübung darf jedoch nicht an unerfüllbaren Beweisanforderungen scheitern³⁷. Da ein stringenter Nachweis der Gewissensentscheidung nicht erbracht werden kann, sind die Anforderungen an die Beweismittel derart herabzusetzen, daß sie der Kriegsdienstverweigerung keine unüberwindlichen Hindernisse entgegensetzen³⁸. Sind keine sonstigen Beweise erreichbar, darf der Betroffene daher nur mit einer Darlegungslast belastet werden³⁹. Das bedeutet nicht, daß jede seiner Einlassungen die Vermutung ihrer Richtigkeit für sich haben muß⁴⁰, vielmehr steht es den Staatsorganen offen, den Gegenbeweis zu erbringen. Stehen die Aussagen des Kriegsdienstverweigerers jedoch nicht in Widerspruch zu bekannten Tatsachen und hindern keine sonstigen Gründe in seiner Person die Annahme, daß die Angaben der Wahrheit entsprechen, so sind sie als ausreichend anzusehen. Die Glaubwürdigkeitsprüfung ist dabei stets auf die im Verfahren relevanten Tatsachen zu beschränken⁴¹, Gegenstand der Prüfung dürfen nur Umstände sein, die die Glaubhaftigkeit diesbezüglicher Aussagen belegen oder entkräften können. Ob der Kriegsdienstverweigerer im übrigen ein glaubwürdiger Mensch ist, ist für das Anerkennungsverfahren unerheblich. Nur auf der Grundlage dieser Anforderungen kann die Auffassung des BVerfG, es müsse „zur Überzeugung der zuständigen Behörden hinreichend erkennbar werden, daß die Verweigerung auf einer nach Art. 4 III GG relevanten Gewissensentscheidung beruht“, verfassungskonform verwirklicht werden.

b) Das BVerfG tendiert demgegenüber zu einer „Gewissensprüfung“ durch die *Verlängerung der Dauer des Ersatzdienstes* auf 24 Monate (S. 171)⁴², um zu verhindern, daß „unechte“ Kriegsdienstverweigerer keinen Wehrdienst leisten. Eine derartige Regelung erscheint allerdings verfassungsrechtlich bedenklich, wenn man berücksichtigt, daß Art. 4 III 1 die Benachteiligung von Kriegsdienstverweigerern gegenüber Wehrdienstleistenden untersagt⁴³. Dieses Gebot hat bezüglich der Dauer des Zivildienstes seine spezielle Ausprägung in Art. 12a II 2 gefunden, der die „Dauer des Wehrdienstes“ als zulässige Höchstdauer des Zivildienstes festlegt.

Dem tritt das BVerfG mit dem Argument entgegen, Art. 12a II untersage nur Regelungen, die die Freiheit der Gewissensentscheidung beeinträchtigen (S. 171). Dafür zieht es den Wortlaut des Art. 12a II 3 heran, der einen Auftrag zur gesetzlichen Regelung des Ersatzdienstes enthält. Die Höchstdauer der Dienstpflicht ist jedoch in Art. 12a II 2 abschließend geregelt; Art. 12a II 3 bezieht sich nur auf die Regelung ihrer Dauer im Rahmen des Art. 12a II 2 und stellt keine Ermächtigungsnorm zu dessen Einschränkung oder Relativierung dar⁴⁴. Eine Verlängerung des Ersatzdienstes über die Dauer des Wehrdienstes hinaus ist somit in jedem Fall unzulässig⁴⁵.

Ausschlaggebend für die zulässige Höchstdauer des Ersatzdienstes ist somit die „Dauer des Wehrdienstes“ in Art. 12a II 2. Nach einhelliger Ansicht umfaßt dessen Dauer die Zeit des Grundwehrdienstes und der zu leistenden Wehrübungen⁴⁶. Die Dauer des Grundwehrdienstes ist in § 5 I WehrPflG auf 15 Monate festgelegt, während Wehrübungen gem. § 6 II WehrPflG nur bezüglich der zulässigen Höchstdauer differenziert befristet sind; die tatsächliche Inanspruchnahme der Wehrpflichtigen liegt jedoch regelmäßig erheblich unter dieser Obergrenze⁴⁷. Orientiert man die Dauer des Ersatzdienstes an der zulässigen Höchstdauer des Wehrdienstes, so müßten Kriegsdienstverweigerer daher mit einer wesentlich längeren Inanspruchnahme rechnen als Wehrpflichtige. In diesem Fall hätte es der Gesetzgeber in der Hand, durch eine weitere Verlängerung der zulässigen Höchstdauer der

Wehrpflicht zugleich die lässige Dauer des Ersatzdienstes zu erhöhen, wodurch die Gleichstellung der Ersatzdienstleistenden mit den Wehrpflichtigen zunehmend ausgehöhlt würde. So würde Art. 12a II 2 zu einer bloß formalen, jeder Effektivität entbehrenden und damit sinnlosen Regelung⁴⁸. Die Funktion dieser Norm als Konkretisierung des Benachteiligungsverbots aus Art. 4 III 1 zeigt deutlich, daß ihre Reduzierung zu einer bloßen Formvorschrift unzulässig ist⁴⁹. Der Vorschlag des BVerfG ist somit wegen entgegenstehender Vorschriften des Grundgesetzes nicht realisierbar⁵⁰.

III. Zustimmungspflichtigkeit einer Neuregelung der Kriegsdienstverweigerung?

Nach Ansicht des BVerfG bedarf ein Gesetz, das die Kriegsdienstverweigerung auf eine neue Basis stellt, der Zustimmung des Bundesrats, sofern die Durchführung des Zivildienstgesetzes durch die Exekutive in „Inhalt und Umfang grundlegend geändert“ wird (Ls. 10, S. 177 ff.). Das ist anzunehmen, wenn durch die Änderung materiellrechtlicher Normen eine grundlegende Umgestaltung der Rechtsqualität der dem Bund durch früheres Gesetz übertragenen Aufgaben bewirkt und dadurch den Bestimmungen über die Verwaltungszuständigkeit des Bundes inhaltlich eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verliehen wird, die von einer früher erteilten Zustimmung ersichtlich nicht mehr umfaßt ist⁵¹. Das Gericht hielt nach diesen Kriterien die Abschaffung des Anerkennungsverfahrens für unzulässig – obwohl in der Neuregelung keine Vorschriften über die Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern geändert wurden, da eine erhebliche Zunahme der dem Bund gem. Art. 87 b durch das Zivildienstgesetz zugewiesenen Verwaltungsaufgaben zu erwarten sei. Das Abstellen auf „Inhalt und Tragweite“ für die Zustimmungspflichtigkeit unterstellt die Formvorschriften des Gesetzgebungsverfahrens in erheblichem Maße quantitativ wertenden Gesichtspunkten, die die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigen⁵². Der Gesetzgeber wird jedoch bei weiteren Neugestaltungen des Rechts der Kriegsdienstverweigerung diese Ausführungen des Gerichts zu beachten haben.

IV. Zusammenfassung

Das Urteil des BVerfG widerspricht zum Schutzbereich des Art. 4 III 1 und zur Pflicht des Gesetzgebers, eine „Gewis-

35) S. statt aller Knack, VwVfG, 1976, § 24 Rdnr. 4.

36) S. etwa BVerwGE 30, 358 (361); 41, 53 (54 [Ls.], 58).

37) S. schon BVerwGE 7, 242 (248f.).

38) Ähnlich BVerwGE 7, 242 (248f.); 9, 97 (100).

39) S. BVerwGE 14, 146 (148f.); v. Zezschwitz, JZ 1970, 240; diesen Aspekt übersieht BVerwG, NJW 1978, 1277: Wo keine Beweismittel existieren, können solche auch nicht erbracht werden.

40) BVerwGE 41, 53 (Ls.).

41) S. auch BVerwGE 44, 313 (315): Die Glaubwürdigkeitsprüfung bezieht sich auf den „Gegenstand des Verfahrens“.

42) Eine solche längere Dauer des Ersatzdienstes ist im Ausland üblich; vgl. die Nachw. bei J. Ipsen, ZRP 1978, 155.

43) S. dazu o. II 1; die Einführung des Zivildienstes ist nur unter Beachtung des Verbots der Schlechterstellung zulässig.

44) Ipsen, ZRP 1978, 156, weist zutreffend darauf hin, daß andernfalls Art. 12a II 2 seinen Sinn verlieren würde.

45) Daher braucht hier nicht untersucht zu werden, ob jede Verlängerung des Ersatzdienstes über die Dauer des Wehrdienstes hinaus „die Freiheit der Gewissensentscheidung beeinträchtigt“.

46) S. K. Ipsen-J. Ipsen (o. Fußn. 21), Rdnr. 125; J. Ipsen, ZRP 1978, 156, beide m. Nachw.

47) Nach J. Ipsen, ZRP 1978, 156, beträgt die tatsächliche Dauer der Übungen selten länger als einen Monat.

48) K. Ipsen-J. Ipsen (o. Fußn. 21), Rdnr. 129; J. Ipsen, ZRP 1978, 156.

49) Dementsprechend knüpft Art. 12a II 2 an die Dauer des Wehrdienstes, nicht dagegen an diejenige der Wehrpflicht oder gar deren Höchstdauer an.

50) J. Ipsen, ZRP 1978, 156, nennt ihn zu Recht einen „bedenklichen Fehlgriff“.

51) So grdl. BVerfGE 37, 363 (Ls. 4, 379 ff., insb. 383).

52) So auch Weides, JuS 1973, 341; Achterberg, DÖV 1975, 160 m. Nachw.; Mengler, VerwArch 1975, 296; das abw. Votum kommt auf derselben Grundlage zu dem Resultat, das Änderungsgesetz sei nicht zustimmungsbedürftig gewesen (s. 205f.).

senprobe“ aufrechtzuerhalten, früheren Entscheidungen⁵³. Diese Abweichungen von Urteilen des 1. Senats hätten die Anrufung des Plenums gem. § 16 BVerfGG erfordert⁵⁴.

Entscheidungsgründe und abweichendes Votum zeichnen sich durch eine Sprache aus, die deutlich darauf angelegt ist, den politischen Prozeß nicht nur verfassungsrechtlich zu korrigieren, sondern daneben präjudizierend einzuwirken. Kritik am Gesetzgeber unter Verwendung häufig überzeichnender Terminologie (vor allem S. 168f., 173f.) und die häufige Ersetzung dogmatischer Begründungen durch Zitate im Urteil (und eine ähnliche Auseinandersetzung mit dessen Gründen im abweichenden Votum) mindern die Legitimationsfunktion dieser Ausführungen erheblich⁵⁵. Urteile wie dieses beziehen das Gericht in die politische Auseinandersetzung ein; seine Funktion als Kontrollorgan zur Sicherung der Verfassung als Rahmenordnung des politischen Prozesses verliert ihren hohen Anspruch, wenn neben dem Gericht auch das von ihm geschützte Grundgesetz zum Objekt politischer Wertungen gemacht wird.

53) S. zum Schutzbereich BVerfGE 12, 45 (56f.); zum Anerkennungsverfahren BVerfGE 28, 243 (259).

54) So auch Hirsch im abw. Votum, S. 186; Ipsen, ZRP 1978, S. 154.

55) S. dazu grds. Eckertz, Der Staat 1978, 183ff.; vgl. auch J. Ipsen, ZRP 1978, 153, 156f.

Methodik der Fallbearbeitung

Wiss. Assistent Dr. Peter J. Tettinger, Köln

Methodik rechtswissenschaftlicher Arbeitstechnik: Gesetze und Gesetzesmaterialien

I. Einleitung

In der ersten juristischen Staatsprüfung muß sich der Kandidat darüber ausweisen, daß er das Recht mit Verständnis „erfassen und anwenden“ kann (§ 2 II NRWJAG). Nicht nur dem Studienanfänger, sondern auch höhersemestrierten Studenten bereitet es jedoch oft erhebliche Schwierigkeiten, etwa im Rahmen von Hausarbeiten, zu den für die Lösung eines konkreten Falles einschlägigen Rechtsvorschriften vorzustoßen und ihnen bis dato unbekannte Gesetze (in der maßgeblichen Fassung) überhaupt erst einmal zu ermitteln. Dies gilt weniger im Strafrecht – hier nur im Bereich des sog. Nebenstrafrechts¹ –, mehr schon im Zivilrecht, soweit es um Spezialregelungen außerhalb von BGB und HGB geht, vor allem aber im öffentlichen Recht mit seinen vielfältigen normativen Regelungen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene. Ähnliches Unbehagen ist oft mit der Heranziehung von Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel für die Gesetzesauslegung verbunden; dies insbesondere dann, wenn gesetzliche Vorschriften mit ihren Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgenanordnungen nicht durch Rechtsprechung und Kommentierungen schon eine differenzierende Aufschlüsselung erfahren haben. Die folgenden Ausführungen sollen hier arbeitstechnische Hilfestellungen geben.

II. Die Suche nach dem einschlägigen Gesetz

1. Einzelausgaben

Für den Vorlesungsbesuch des Anfangssemesters, u.U. auch noch für die Anfängerübung in Zivil- und Strafrecht, wird es ausreichen, neuere Einzelausgaben der Gesetzestexte von BGB und StGB zur Hand zu haben. Da aber in einer Klausur häufig auch materielle Bestimmungen in Nebengesetzen oder prozeßrechtliche Vorschriften von Bedeutung sind, genügen solche Einzelausgaben der großen Kodifikationen schon nicht mehr.

2. Gesetzessammlungen

Hier wird der Student wie auch der Referendar und der Praktiker auf die bewährten privaten, von Verlagen betreuten Textsammlungen zurückgreifen, in denen für einzelne Rechtsgebiete und -disziplinen die bedeutsamsten Gesetze und Verordnungen zusammengestellt sind. Als wichtigste seien genannt:

- H. Schönfelder, Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts, 55. Aufl. 1978
 - C. Sartorius, Bd. I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik, 1978
 - C. Sartorius, Bd. II, Internationale Verträge – Europarecht, Stand: 1. 3. 1978
 - H. C. Nipperdey, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Stand: 1. 2. 1978
 - Steuergesetze, 29. Aufl., Stand: 2. 1. 1978
 - F. Aichberger, Sozialgesetzbuch – Reichsversicherungsordnung, Stand: 31. 3. 1978
- (sämtliche Textausgaben sind erschienen im Verlag C. H. Beck, München)

Die Loseblattform zwingt dabei zu häufigerem Einsortieren von Nachtragslieferungen, bietet aber andererseits die Gewähr dafür, daß sich die jeweiligen Gesetzestexte auf neuem Stand befinden. Das genaue Datum der Aktualität (Stand vom . . .) ist in den Ergänzungslieferungen jeweils angegeben. Für das öffentliche Recht sind daneben auch noch die Textsammlungen des Landesrechts eine wertvolle Stütze. Erwähnt seien hier für

- Baden-Württemberg: G. Dürig, Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Loseblattaussg., Stand: 34. Lfg. 1978 (Verlag C. H. Beck, München);
- Bayern: G. Ziegler-P. Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Loseblattaussg., Stand: 36. Lfg. 1978 (Verlag C. H. Beck, München);
- Berlin: H. Kuhle-H. Steuerwald, Berliner Gesetze, Loseblattaussg. 1./2. Aufl., Stand: 1. 4. 1978 (Kulturbuch-Verlag, Berlin)
- Hamburg: H. P. Ipsen, Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1967; siehe auch die vom Senat hrsg. Loseblattaussg. in 3 Bde.: Gesetze und Verordnungen der Freien und Hansestadt Hamburg, Stand: 1. 10. 1978;
- Hessen: E. Fuhr-E. Pfeil, Hessische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Loseblattaussg., Stand: 32. Lfg. 1978 (Verlag C. H. Beck, München); H. Görg-K. Müller, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze des Landes Hessen, Loseblattaussg., 2. Aufl., Stand: 30. 6. 1975 (Verlag C. F. Müller, Karlsruhe);
- Niedersachsen: G. März, Niedersächsische Gesetze, Loseblattaussg. Stand: 24. Lfg. 1978 (Verlag C. H. Beck, München);
- Nordrhein-Westfalen: E. v. Hippel-H. Reborn, Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen, Loseblattaussg., Stand: 36. Lfg. 1978 (Verlag C. H. Beck, München); N. Achterberg, Textbuch staats- und verwaltungsrechtlicher Gesetze – Vorschriften des öffentlichen Rechts des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1978 (Verlag C. F. Müller, Karlsruhe);
- Rheinland-Pfalz: R. Rumetsch, Landesrecht in Rheinland-Pfalz, 3 Bde., Loseblattaussg., Stand: 47. Lfg. 1978 (Verlag Dt. Fachschriften-Verlag, Wiesbaden);

1) Vgl. dazu die Sammlung Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 3 Bde. mit Registerband, Stand: 1. 7. 1978, sowie Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StraFR und Strafverfahren, 37. Aufl. (1961).