

Grundgesetz

Gröpl / Windthorst / von Coelln

6. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-80950-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Objektiv-rechtlich verpflichtet die Glaubensfreiheit den Staat auf religiös-weltanschauliche Neutralität. Zusätzlich absichern lässt sich dieser Befund mit Art. 3 III 1, Art. 33 III und Art. 140 GG iVm Art. 136 I, II, IV, 137 I WRV (BVerfGE 123, 148 (178)). Damit ist keine distanzierende Neutralität, sondern ein Identifikationsverbot gemeint. Dem Staat ist es untersagt, sich bestimmte Glaubenslehren zu eigen zu machen und sie als besonders befolgenswürdig darzustellen (Dreier/Sydow Rn. 154).

Abs. 1, 2 begründen zudem die Pflicht, den Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Glaubensfreiheit vor Dritten zu schützen, etwa wenn diese einen Religionswechsel nicht hinnehmen wollen.

Der wichtige Anspruch auf Verleihung des Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft hat mit Art. 140 GG iVm Art. 137 IV, V WRV eine eigene Regelung erfahren. Dazu → Art. 140 Rn. 26 ff.

c) Konkurrenzen. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I) tritt nach allgemeinen Regeln hinter dem speziellen Grundrecht der Glaubensfreiheit zurück. Im Einzelnen str. ist das Verhältnis der Glaubensfreiheit zur Versammlungsfreiheit (Art. 8 I) und zur Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I). Richtigerweise spricht nichts gegen die Annahme von Idealkonkurrenz (→ Vorb. Grundrechte Rn. 88 f.), auch wenn sich der stärkere Schutz regelmäßig aus der vorbehaltlosen Gewährleistung der Abs. 1, 2 ergeben dürfte.

Art. 3 III 1 und Art. 33 III sind parallel zu Abs. 1, 2 anwendbar (Jarass/Pieroth/Jarass Rn. 6). Zum Verhältnis zu Art. 140 GG iVm Art. 136 ff. WRV → Rn. 18, 22.

2. Eingriff

Ein Eingriff in die Glaubensfreiheit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Staat vom Schutzbereich umfasste Verhaltensweisen untersagt oder wesentlich erschwert. Eingriffe sind im Bereich des *forum internum* wie des *forum externum* denkbar; hinsichtlich des Bildens und Habens eines Glaubens werden sie freilich deutlich seltener vorkommen als hinsichtlich des glaubensgeleiteten Handelns. Sie können die positive wie die negative Glaubensfreiheit betreffen. Auch staatliche Warnungen vor Religionsgemeinschaften können Eingriffe darstellen. Dass das BVerfG die Eingriffsqualität davon abhängig macht, dass die Warnung unsachlich oder verfälschend ist (BVerfGE 105, 279 (292 ff.)), überzeugt nicht. Richtigerweise ist damit eine Frage der Rechtfertigung des Eingriffs angesprochen, der auch bei einer sachlichen Warnung anzunehmen ist (Dreier/Morlok 3. Aufl. Rn. 120).

Sehr str. ist, ob es auch einen „Eingriff durch Symbole“ geben kann (bejaht für die Gerichtsverhandlung und den Schulunterricht mit einem Kreuz an der Wand durch BVerfGE 35, 366 (375 f.) bzw. BVerfGE 93, 1 (17 ff.)). Dazu bereits → Rn. 16.

Kein Eingriff liegt dort vor, wo der Staat ein Alternativverhalten ermöglicht, das den Betroffenen nicht mit seinem Glauben in Konflikt bringt.

Daran fehlte es in BVerfGE 79, 69 (76 f.): Zwar durfte der verlangte Eid auch ohne religiöse Bezeugung geleistet werden. Ganz verzichtbar war er jedoch nicht, was einen Eingriff in die Glaubensfreiheit desjenigen bedeutet, der aus religiösen Gründen zur Eidesleistung überhaupt nicht bereit ist. – Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff liegt nach BVerfGE 166, 125 ff. (dazu Sachs JuS 2020, 376 ff.), auch in der Versagung einer Ausnahmegenehmigung nach § 21a II StVO von der Helmpflicht für Motorradfahrer gegenüber einem Mitglied der Religionsgemeinschaft der Sikh, der aus religiösen Gründen seinen Turban nicht ablegen möchte. Erinstanzlich war ein Eingriff noch mit der Begründung verneint worden, dass den Sikh nicht gerade das Tragen eines Turbans, sondern die Bedeckung ihres Haupthaars vorgeschrieben sei, so dass diesem Gebot zB durch eine Sturmhaube auch beim Tragen eines Helms Rechnung getragen werden könne (VG Freiburg 29.10.2015 – 6 K 2929/14; dazu Muckel JA 2016, 313 ff.). Zu dem Fall noch → Rn. 37.

Keinen Eingriff stellt es dar, wenn der Staat von demjenigen, der sich auf die Glaubensfreiheit beruft, verlangt, dass er die hierfür relevante Überzeugung offenlegt (BVerfGE 52, 223 (245 f.)).

3. Rechtfertigung des Eingriffs*a) Schranken*

- 29 Art. 4 selbst enthält keinen Gesetzesvorbehalt für die Grundrechte des Abs. 1. Jedoch werden nach Art. 136 I WRV (iVm Art. 140 GG) die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. Die überwiegende Auffassung interpretiert das als Vorbehalt allgemeiner, also nicht religionsspezifischer Gesetze (etwa BVerwGE 112, 227 (231 f.); Jarass/Pieroth/Jarass Rn. 32). Anders das BVerfG: Es sieht den Vorbehalt als durch die vorbehaltlose Gewährleistung des Abs. 1 überlagert an (BVerfGE 33, 23 (30 f.)). Dass diese Beurteilung in einen unübersehbaren Konflikt zur Einstufung der inkorporierten WRV-Vorschriften als uneingeschränkt gültiges Verfassungsrecht gerät (Friauf/Höfling/Muckel Rn. 52), lässt sich kaum bestreiten. Art. 136 III 2 WRV, nach dem Behörden unter bestimmten Umständen nach der Religionszugehörigkeit fragen dürfen, ist denn auch vom BVerfG zur Rechtfertigung von Eingriffen in die negative Glaubensfreiheit herangezogen worden (zB BVerfGE 65, 1 (39)), was die These von der Überlagerung des Art. 136 I WRV zudem inkonsequent erscheinen lässt.
- 30 Folgt man gleichwohl dem BVerfG, sind Eingriffe jenseits des Art. 136 III 2 WRV (und dem Sonderfall des Art. 137 III WRV, dazu BVerfGE 137, 273 Rn. 85: Schranken-spezialität des Art. 137 III WRV, der hinsichtlich des Selbstverwaltungsrechts als speziellere Norm vorgeht) nur auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts möglich, also auf Grund der Grundrechte Dritter und sonstiger Güter von Verfassungsrang (BVerfGE 138, 296 Rn. 98; allgemein dazu → Vorb. Grundrechte Rn. 109 ff.).

Diese inzwischen jedenfalls bei allen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten anerkannte Einschränkungsmöglichkeit wurde vom BVerfG gerade zu Art. 4 (konkret: zum Recht der Kriegsdienstverweigerung nach Abs. 3) entwickelt (BVerfGE 28, 243 (261)).

- 31 Grundrechte Dritter, die Eingriffe in die Glaubensfreiheit rechtfertigen (und den Staat unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht auch zu Eingriffen in die Glaubensfreiheit verpflichten) können, sind beispielsweise die Glaubensfreiheit Dritter (Art. 4 I, II), ggf. auch das religiöse Erziehungsrecht der Eltern Dritter (Art. 6 II) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1).

Die Glaubensfreiheit insbesondere der Schüler kollidiert mit der Glaubensfreiheit der muslimischen Lehrerin, die im Unterricht ihr Kopftuch tragen möchte. Der morgens um 5 Uhr von Kirchenglocken oder dem Ruf des Muezzin aufgeweckte Nachbar beruft sich auf seine körperliche Unversehrtheit. Die körperliche Unversehrtheit des Kindes ist auch die Schranke, auf die das – politisch nicht gewollte – Verbot einer Beschneidung von Jungen durch Entfernen der Vorhaut zu stützen wäre. Noch sogleich → Rn. 39 f.

- 32 Als sonstiges Gut von Verfassungsrang kommt neben dem Tierschutz (Art. 20a) insbesondere der unter Wahrung weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllende staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag im Bereich der Schule (Art. 7 I) in Betracht (BVerfGE 138, 296 Rn. 98).
- 33 Die Herstellung praktischer Konkordanz, also eines schonenden Ausgleichs zwischen den jeweils betroffenen Positionen, der beide in möglichst weitem Umfang zur Geltung kommen lässt, obliegt dem Gesetzgeber.

b) Schranken-Schranken

- 34 Bei der Herstellung dieses Ausgleichs ist der Gesetzgeber an die allgemeinen Regeln gebunden. Eingriffe in die Glaubensfreiheit müssen insbesondere durch ein formell verfassungsgemäßes Parlamentsgesetz vorgenommen werden bzw. auf einem solchen beruhen und verhältnismäßig sein. Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 ist nicht anwendbar (→ Art. 19 Rn. 18 ff.).

Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage trat besonders deutlich im Streit um eine Kopftuch tragende Lehrerin in Baden-Württemberg zu Tage. Im Jahr 2003 hat das BVerfG die Einschätzung, dass das Beharren auf dem Tragen des Kopftuchs auch im Unterricht ein Eignungsmangel iSv Art. 33 II sein könne, nicht dem Grunde nach beanstandet. Es hat jedoch eine Regelung dieser Frage durch den formellen Gesetzgeber verlangt (BVerfGE 108, 282 (294 ff.)). Mittlerweile hat es den dabei bestehenden Spielraum des Gesetzgebers deutlich eingengt: Nach der jüngeren Rechtsprechung darf das Tragen eines Kopftuchs, das auf ein als bindend empfundenes religiöses Gebot zurückgeht, nicht schon wegen der mit dem Kopftuch einhergehenden abstrakten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität verboten werden. Selbst durch den Gesetzgeber soll ein Verbot vielmehr nur für Fälle zulässig sein, in denen „auf Grund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten bereichsspezifisch die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht“ wird. Ein danach zulässiges Verbot muss grundsätzlich unterschiedslos für alle Religionen gelten (BVerfGE 138, 296 Rn. 128 ff.). BVerfG NJW 2017, 381 ff., macht das Verbot äußerlich sichtbarer religiöser Bekundungen auch für Kindergärten von einer konkreten Gefahr für den Einrichtungsfrieden oder die Neutralität des öffentlichen Einrichtungsträgers abhängig.

35

Die letztgenannten Entscheidungen betreffen unmittelbar das nordrhein-westfälische Schulgesetz bzw. das baden-württembergische KiTaG. Sie wirken sich jedoch auch auf die Schul- und Kindergartenetze anderer Länder aus (zu BVerfGE 138, 296 ff.: Traub NJW 2015, 1338 (1341)). Jedenfalls § 86 III HessSchulG wurde bereits als Reaktion auf die Entscheidung BVerfGE 138, 296 ff., geändert. BAG NZA 2021, 189 ff., verlangt für § 2 Berliner NeutrG, der sichtbare religiöse oder weltanschauliche Symbole in öffentlichen Schulen untersagt, unter Berufung auf das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung, nach der das Verbot nur bei konkreten Gefahren für den Schulfrieden gelten soll. Bedenken begegnen zumindest die auf Schulen bezogenen Entscheidungen u.a. insofern, als eine ein Kopftuch tragende Lehrerin dazu beitragen kann, dass muslimische Schülerinnen unter Druck geraten, sich entsprechend zu kleiden.

35a

Dieser Aspekt spielt keine Rolle in der ansonsten vergleichbaren Problematik, ob Richterinnen (zur Vereinbarkeit von Art. 11 II BayRiStAG mit der BayVerf s. BayVerfGH NVwZ 2019, 721 ff.) und Rechtsreferendarinnen ein religiös bedingtes Kopftuch tragen dürfen. Das BVerfG hat ein (auch Referendarinnen betreffendes, aber für männliche wie weibliche Referendare geltendes) gesetzliches Verbot im hessischen Landesrecht, religiöse Symbole und Kleidungsstücke zu tragen, bestätigt. Kollidierende Verfassungsrechtsgüter seien zwar nicht die richterliche Unparteilichkeit und die Sicherung des weltanschaulich-religiösen Friedens, wohl aber die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Glaubensfreiheit Dritter. Der Staat müsse sich nicht jede bei Gelegenheit der Amtsausübung getätigte private Grundrechtsausübung zurechnen lassen. Jedoch komme eine Zurechnung insbesondere dort in Betracht, wo der Staat auf das äußere Gepräge einer Amtshandlung besonderen Einfluss nehme. Das sei in mündlichen Verhandlungen der Fall, in denen etwa für die Amtstracht und das Verhalten (Erheben in bestimmten Situationen) detaillierte Vorgaben bestünden. Das unterscheide die formalisierte Situation vor Gericht, die den einzelnen Amtsträgern auch in ihrem äußeren Auftreten eine klar definierte, Distanz und Gleichmaß betonende Rolle zuweise, vom pädagogischen Bereich, der in der staatlichen Schule auf Offenheit und Pluralität angelegt sei (BVerfGE 153, 1 Rn. 81 ff.; dazu Sachs JuS 2020, 992 ff.; Kingreen JURA 2020, 770. Zur Verfassungsmäßigkeit der formell-gesetzlichen Grundlage für ein Referendarinnen bei Tätigkeiten mit Außenkontakt treffendes Kopftuchverbot in Bayern s. BVerwG NVwZ 2021, 411 ff.).

35b

Allenfalls zum Teil parallel gelagert ist die Frage, ob ein privater oder kirchlicher Arbeitgeber das Kopftuch einer Mitarbeiterin dulden muss. Wie sehr ihre Beantwortung von den Umständen des Einzelfalles abhängt, machen zwei Entscheidungen des EuGH vom selben Tag deutlich: EuGH NJW 2017, 1087 ff., verneint die Duldungspflicht, EuGH NJW 2017, 1089 ff., bejaht sie. BAGE 149, 144 ff., verneint sie mit Blick auf eine Krankenschwester in einem kirchlichen Krankenhaus. Zum möglichen Verbot religiöser Symbole am Arbeitsplatz aufgrund allgemeiner Anordnung des Arbeitgeberunternehmens zu religiöser Neutralität nach außen jüngst EuGH NJW 2021, 2715 ff. Einen Überblick über die jüngere Rechtsprechung gibt Sura NZA-RR 2023, 57 ff.

35c

- 35d** Dass Schülerinnen in der Schule ein Kopftuch tragen, ist lediglich Zeichen persönlicher Glaubensüberzeugung und als solches zunächst unproblematisch. Anders können Formen der Gesichtsverhüllung zu beurteilen sein, die die (nicht nur verbal stattfindende) Kommunikation einschränken, wie es zB durch Tragen eines Gesichtsschleiers („Niqab“) geschieht. Nach HmbOVG NVwZ 2020, 489 ff. setzt die Anordnung an eine Schülerin, im Unterricht ihr Gesicht zu zeigen, jedoch eine klare gesetzliche Regelung voraus.
- 36** An den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nicht allein der Gesetzgeber gebunden. Auch der Rechtsanwender muss, will er die Verfassungswidrigkeit seiner Maßnahmen vermeiden, die Glaubensfreiheit hinreichend ins Kalkül ziehen.
- Wenn ein Richter Zuschauern generell das Tragen von Kopfbedeckungen (hier einmal mehr: Kopftuch) auf der Grundlage seiner Sitzungspolizei nach § 176 I GVG untersagt, ohne zu prüfen, ob von der Kopfbedeckung eine Störung der Ordnung ausgeht und ob Grundrechtspositionen des bzw. der Betroffenen relevant sein können, verstößt dies (u.a.) gegen die Glaubensfreiheit (BVerfG NJW 2007, 56 f.). Gleiches gilt für die Möglichkeit, in bestimmten Fällen gem. § 176 II 1 GVG Ausnahmen von dem seit Ende 2019 bestehenden grundsätzlichen Verbot einer Verhüllung des Gesichts für an der Verhandlung beteiligte Personen (§ 176 II 1 GVG) vorzusehen.
- 37** Wie der schonende Ausgleich aussieht bzw. ob sich letztlich doch eine der Positionen durchsetzt, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen.
- Im Streit um die Pflicht zur Teilnahme einer muslimischen Schülerin am Schwimmunterricht liegt eine denkbare Lösung darin, dass sie zwar teilnehmen muss – womit zur Durchsetzung des Bildungs- und Erziehungsauftrags aus Art. 7 I in die Glaubensfreiheit eingegriffen wird –, dass sie dabei aber verhüllende Kleidung tragen darf, die die Körperkonturen verdeckt, wie zB einen „Burkini“. Unter diesen Umständen hält mittlerweile auch das BVerwG die Teilnahme am Unterricht für zumutbar (BVerwGE 147, 362 ff.; anders noch BVerwGE 94, 82 ff. Die Verfassungsbeschwerde gegen die jüngste Entscheidung wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, s. BVerfG NVwZ 2017, 227 f.). Im Rahmen einer Prüfungsarbeit, in der die Vereinbarkeit der Teilnahmepflicht mit der Glaubensfreiheit zu erörtern ist, bietet es sich an, diesen Aspekt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung, konkret: bei der Prüfung der Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) anzusprechen. – Im Streit um die Befreiung von der Helmpflicht für den motorradfahrenden Sikh (→ Rn. 27) wurde die zuständige Behörde zu einer erneuten Prüfung verpflichtet: Die Glaubensfreiheit gebietet die Befreiung wegen der für die Helmpflicht sprechenden verfassungsrechtlichen Gegenpositionen nur in Ausnahmefällen. – Zu Konflikten zwischen Art. 4 I, II und Art. 7 I s. beispielhaft BVerwG NVwZ 2014, 237 ff. (Pflicht der Kinder von Zeugen Jehovas zur Teilnahme an der Vorführung des Films „Krabat“ in der Schule) sowie näher → Art. 7 Rn. 14.
- 38** Im Wesen der Abwägung liegt es begründet, dass sich die Glaubensfreiheit auch durchsetzen kann, wenn bzw. soweit sie überwiegt.
- Besonders deutlich wurde das im Streit eines muslimischen Metzgers um eine Ausnahmegenehmigung, die ihm das grundsätzlich untersagte Schächten von Tieren gestatten sollte. Nachdem ihm die Genehmigung zunächst versagt worden war und er vor den Verwaltungsgerichten keinen Erfolg hatte, hatte er Verfassungsbeschwerde erhoben und mit dieser Anfang 2002 auch Erfolg (BVerfGE 104, 337 ff.). Etwas später im selben Jahr wurde dann der Tierschutz als Staatsziel in Art. 20a aufgenommen. Die Erwartung von Tierschützern, damit habe sich die verfassungsrechtliche Situation entscheidend geändert, erfüllte sich nicht: Seine gegen die erneute Versagung der Genehmigung gerichtete Klage hatte letztinstanzlich Erfolg. Das BVerwG kam zu dem Ergebnis, dass die maßgeblichen Regelungen des Tierschutzgesetzes trotz der veränderten verfassungsrechtlichen Situation nicht so zu verstehen seien, dass die Ausnahmegenehmigung versagt werden dürfe (BVerwGE 127, 183 ff.). – Der EuGH hält Regelungen, die das Schächten nur in regulären Schlachthöfen erlauben, für vereinbar mit dem Schutz der Religionsfreiheit nach Art. 10 I GrCh (EuGH NVwZ 2018, 1283 ff.; dazu Ogorek JA 2019, 396 ff.). Auch Regelungen, die die Schächtung nur unter Betäubung erlauben, sind mit Europarecht vereinbar (EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-336/19; dazu Gerold/Hahn NVwZ 2021, 219 ff.). – Unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig war nach BVerfGE 143, 161 ff. der Schutz des Karfreitags in Bayern als „stiller Feiertag“, weil die gesetzliche Regelung keinerlei Befreiungsmöglichkeiten enthielt. Dazu Sachs JuS 2017, 374 ff.

Eine besonders intensive Diskussion wurde über die Beschneidung von Jungen geführt, die in ihrer religiös motivierten Form primär bei Juden und Moslems üblich ist (zur Bedeutung für Teile des Christentums, die in der Debatte freilich keine erkennbare Rolle spielte, s. Rixen NJW 2013, 257). Das LG Köln hat diesen Eingriff für den Fall, dass er nicht medizinisch indiziert ist, als Körperverletzung gem. § 223 I StGB gewertet (LG Köln NJW 2012, 2128f.). Anders als die Aufnahme in eine Glaubensgemeinschaft, die die körperliche Integrität des Aufgenommenen wahrt, wird hier ein irreversibler körperlicher Eingriff vorgenommen. Der Gesetzgeber hat jedoch entschieden, die (bis zur Entscheidung des LG gerichtlich nicht beanstandete) Beschneidung (weiterhin) zu ermöglichen. Er hat mit Wirkung v. 28.12.2012 § 1631d BGB erlassen, nach dem die Personensorge das Recht umfasst, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wird und sofern das Kindeswohl nicht gefährdet wird (näher Rixen NJW 2013, 257ff.; kritisch zum sehr kurzen Gesetzgebungsverfahren (die Neuregelung erging ca. ein halbes Jahr nach der Entscheidung des LG) Stumpf DVBl 2013, 141ff.). Der Gesetzgeber räumt damit dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 II 1 den Vorrang vor der körperlichen Unversehrtheit des Jungen nach Art. 2 II 1 ein. Faktisch bewirkt er zugleich einen Vorrang des Rechts auf religiöse Kindererziehung, das das BVerfG aus Art. 6 II 1 iVm Art. 4 I ableitet (BVerfGE 93, 1 (17); dazu → Art. 6 Rn. 46ff.). Jedoch kommt es nach der neuen Vorschrift auf eine religiöse Motivation gerade nicht an. Das vermeidet einen Konflikt mit dem Verbot der Bevorzugung oder Benachteiligung wegen des Glaubens gem. Art. 3 III. Aus der Perspektive der körperlichen Unversehrtheit des Jungen dürfte die Regelung nicht zu beanstanden sein, weil dem Erziehungsrecht der Eltern insofern Vorrang zukommt (aA Isensee JZ 2013, 317 (327)).

39

Zwar findet das Elternrecht seine Grenzen im Kindeswohl, das bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit tangiert sein kann (Sachs/v. Coelln Art. 6 Rn. 71). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Eingriff in die Unversehrtheit einen objektivierbaren Verstoß gegen das Kindeswohl darstellt. Solange das nicht der Fall ist, weist Art. 6 II 1 den Eltern den Vorrang bei der Entscheidung zu, welche Maßnahme dem Kindeswohl entspricht (→ Art. 6 Rn. 48). Das muss insbesondere für Eingriffe in die Unversehrtheit gelten, die gesundheitlich förderlich sind bzw. bei denen das zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Eben dies aber ist bei der Beschneidung der Fall: Sie wird von etlichen – wenn auch nicht von allen – Medizinern als der Gesundheit nützlich angesehen (s. freilich die detaillierte Darstellung der Risiken der Beschneidung bei Hörnle/Huster JZ 2013, 328 (334ff.)), die jedoch im Ergebnis immerhin attestieren, die These der relativen Harmlosigkeit müsse nicht eindeutig als falsifiziert angesehen werden). Die den Staat treffende Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 verlangt daher kein ausnahmsloses Beschneidungsverbot.

39a

Bedenken im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit könnten sich jedoch daraus ergeben, dass die Beschneidung in den ersten sechs Monaten ab Geburt nicht nur von Ärzten vorgenommen werden darf, sondern auch von Personen, die von einer Religionsgesellschaft dafür vorgesehen sind (§ 1631d II BGB). Diese müssen aber besonders ausgebildet und für die Durchführung der Beschneidung Ärzten vergleichbar befähigt sein. Damit wird der Schutzpflicht auf der gesetzlichen Ebene genügt. Ob sich das auch vom Gesetzesvollzug wird sagen lassen, ob also die vergleichbare Befähigung hinreichend kontrolliert wird, muss sich noch zeigen – zumal es vor einigen Jahren in Italien mindestens zwei Fälle gegeben hat, in denen Jungen durch die Beschneidung gestorben sind. Zur Problematik auch → Art. 2 Rn. 141 sowie → Art. 6 Rn. 52ff. Kritisch zur Lösung des Gesetzgebers Merkel FAZ 26.11.2012 (Nr. 276), 8; Manok, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015; Herzberg JZ 2016, 350ff.; Lammers, MedR 2023, 22ff.

39b

- 39c** Größeres Gewicht wäre dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit durch eine Regelung beigegeben worden, die ein generelles Beschneidungsverbot statuiert hätte und nach der nur religiös zwingend vorgegebene Beschneidungen gestattet werden könnten. Faktisch hätte dies freilich zu einer – im Lichte des Art. 3 III womöglich problematischen – Unterscheidung zwischen Juden und Muslimen geführt. Offenbar wird die Beschneidung im Judentum nämlich als zwingende Voraussetzung der Religionszugehörigkeit angesehen (näher → Art. 6 Rn. 54), während sie bei Muslimen eine zwar traditionell durchgeführte, aber nicht zwingend gebotene Maßnahme darzustellen scheint (näher BT-Drs. 17/11295, 7). Dass die Beschneidung bei Muslimen (anders als bei Juden) häufig nicht schon im Säuglingsalter durchgeführt wird, führt zu der Überlegung, ob § 1631d II BGB gleichheitswidrig ist, soweit er die Beschneidung durch einen Nicht-Arzt im Wesentlichen Juden vorbehält. – Ein striktes Beschneidungsverbot ohne Ausnahmemöglichkeiten würde die (im Ergebnis wohl zu verneinende) Frage nach seiner Vereinbarkeit mit der Glaubensfreiheit zumindest von Juden aufwerfen.
- 39d** Die während der Sars-CoV-2-Pandemie in den Corona-Schutz-Verordnungen der Länder teilweise vorgesehenen Verbote jeglicher Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften aus Gründen des Infektionsschutzes wurden in den bisherigen Eilentscheidungen des BVerfG nicht beanstandet. Zumindest temporär musste die Glaubensfreiheit hinter der staatlichen Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit zurücktreten, sofern die Regelungen befristet waren (s. etwa BVerfG NJW 2020, 1427 ff.) und Ausnahmen im Einzelfall ermöglichten (BVerfG NVwZ 2020, 783 ff.). Der Staat war (bzw. ist) dazu verpflichtet, laufend und anhand eines strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabs zu überprüfen, ob derartige Regelungen (noch) erforderlich sind (BVerfG NJW 2020, 1427 ff.).

II. Die Gewissensfreiheit (Abs. 1)

1. Der Schutzbereich

a) *Persönlich*

- 40** Träger der Gewissensfreiheit ist jeder Mensch. Personenvereinigungen oder Vermögensmassen können sich nicht auf das Grundrecht berufen, da es an der wesensmäßigen Anwendbarkeit iSv Art. 19 III fehlt. Die Bildung eines Gewissens setzt Qualitäten voraus, die nur dem Menschen als solchem eignen. Das BVerfG lässt die Frage mittlerweile partiell offen: Es hält die Berufung einer juristischen Person auf die Gewissensfreiheit allenfalls – aber immerhin – dann für möglich, wenn sich die Gewissensentscheidung der juristischen Person auf eine solche der hinter dieser Person stehenden natürlichen Personen zurückführen lässt (BVerfG NVwZ 2018, 1635 Rn. 18; dazu Sachs JuS 2019, 279 f.).

b) *Sachlich*

- 41** *aa) Gegenstand.* Eine Gewissensentscheidung ist – in den Worten des BVerfG – ein unmittelbar evidentes Gebot unbedingten Sollens, das den Charakter eines unabwiesbaren, den Ernst eines die ganze Persönlichkeit ergreifenden sittlichen Gebots trägt (BVerfGE 12, 45 (54 f.); 48, 127 (173 f.)). Erfasst wird ausschließlich die ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und innerlich unbedingt verpflichtend erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte. Andere Motive begründen keine Gewissensentscheidung. Nicht unter das Grundrecht fallen auch Entscheidungen über die Zweckmäßigkeit menschlichen Verhaltens aufgrund ernsthafter und nachdrücklicher Auffassung von guter politischer Ordnung und Vernunft, sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Nützlichkeit (BVerfGE 153, 182 Rn. 309).

Daher waren in der Suizidhilfe tätige Ärzte und Anwälte durch das gesetzliche Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht in ihrer Gewissensfreiheit, sondern allein in ih-

rer Berufsfreiheit betroffen (vgl. BVerfGE 153, 182 Rn. 308 ff.). Anders wäre das für Bedienstete einer JVA zu beurteilen, die an der Selbsttötung eines Gefangenen mitwirken müssten (Klaedtke JuS 2024, 37 (41)). – Ein weiteres einprägsames Beispiel zur Abgrenzung nennt Hufen StaatsR II § 24 Rn. 3: Wer aus Gründen des Tierschutzes kein Fleisch isst, kann sich potentiell auf das Grundrecht berufen. Anders verhält es sich, wenn jemand aus gesundheitlichen Gründen kein Fleisch isst.

Ebenso wie die Glaubensfreiheit (→ Rn. 11) schützt auch die Gewissensfreiheit neben der Bildung und dem Haben eines Gewissens (forum internum) das gewissensgeleitete Handeln (forum externum). 42

bb) *Gewährleistungen*. Die Gewissensfreiheit ist ein Abwehrrecht; sie schützt den Grundrechtsträger davor, dass der Staat ihn durch Ge- oder Verbote zwingt, gegen sein Gewissen zu handeln. 43

Diese Aussage darf nicht absolut gesetzt werden: Sie betrifft den Schutzbereich, also die Tatbestandsebene. Wenn der Staat derartige Ge- oder Verbote doch erlässt, greift er in das Grundrecht ein. Ob er dies tun darf, ist auf der Rechtfertigungsebene zu klären.

Mittelbare Drittwirkung kann der Gewissensfreiheit insbesondere im Arbeitsrecht zukommen. Der Arbeitgeber kann gehalten sein, bei der Ausübung seines Weisungsrechts Gewissensentscheidungen des Arbeitnehmers zu respektieren, soweit ihm das zumutbar ist (Hufen StaatsR II § 24 Rn. 8). 44

Auch insofern gilt: Die Gewissensfreiheit setzt sich nicht zwingend durch. Ob ein Angestellter in einer Forschungseinrichtung die Mitwirkung an einem Tierversuch im Ergebnis verweigern darf, hängt u.a. davon ab, ob er durch einen Kollegen ersetzt werden kann.

cc) *Konkurrenzen*. Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Abs. 3) ist *lex specialis* zur Gewissensfreiheit. Die nach allgemeinen Regeln subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I) tritt hinter die Gewissensfreiheit zurück. Ob die individuelle Glaubensfreiheit *lex specialis* zur Gewissensfreiheit ist, ist str. (dafür Jarass/Pieroth/Jarass Rn. 44). 45

2. Eingriff

Ein Eingriff in das forum internum, also in die Bildung und das Haben eines Gewissens, ist kaum vorstellbar. In das forum externum hingegen kann der Staat eingreifen. Er tut dies, wenn er dem Einzelnen versagt oder wesentlich erschwert, gewissensgeleitet zu handeln. 46

3. Rechtfertigung des Eingriffs

a) *Schranken*

Die Gewissensfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Sie wird jedoch durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt. Zwischen den beiden kollidierenden Positionen hat der Gesetzgeber einen schonenden Ausgleich herzustellen. 47

b) *Schranken-Schranken*

Bei der Herstellung dieses Ausgleichs ist der Gesetzgeber an die allgemeinen Regeln gebunden. Insofern gilt nichts anderes als bei der Glaubensfreiheit (→ Rn. 33). 48

Ob ein Eingriff verhältnismäßig ist, lässt sich auf Grund der insofern gebotenen Abwägung nur im Einzelfall beurteilen. 49

Deutlich wird das etwa bei der Frage, ob ein Biologiestudent ein Recht auf ein Studium ohne Tierpräparationen hat. Kollidierendes Grundrecht ist hier die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III) des Hochschullehrers, der diese Arbeiten für erforderlich hält. Sie kann sich gegen die Gewissensfreiheit durchsetzen. Umgekehrt verlangt jedoch die Gewissensfreiheit, dass alternative Methoden der Ausbildung durch den Hochschullehrer zur Kenntnis genommen werden. Sofern sie Tierpräparationen im Hinblick auf das Ausbildungsziel gleichwertig sind, müssen sie ggf. als Alternativ-

lösung angeboten werden. Dazu BVerwGE 105, 73 ff.; s. auch BVerfG NVwZ 2000, 909 f. – Die Universität Mainz räumt angehenden Biologen nach Pressemeldungen (etwa Sonnberger, Ohne sezierte Maus geht's auch, <https://www.spiegel.de/unispiegel/studium/biologiestudium-ohne-sezierte-maus-geht-s-auch-a-804247.html> (letzter Aufruf am 23.2.2024)) seit dem Sommersemester 2012 die Möglichkeit ein, keine echten Tiere zu sezieren. Allerdings wird die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit im Zeugnis vermerkt.

III. Das Recht der Kriegsdienstverweigerung (Abs. 3)

1. Der Schutzbereich

a) Persönlich

- 50 Auf Abs. 3 kann sich jeder Mensch berufen, der Kriegsdienst mit der Waffe leisten soll. Das Grundrecht erstreckt sich nicht allein auf Wehrpflichtige, sondern auch auf Zeit- und Berufssoldaten (Jarass/Pieroth/Jarass Rn. 55) sowie nun auf die freiwillig Wehrdienstleistenden, deren Einstellung zum Dienst an der Waffe sich auch nach Dienstantritt noch ändern kann. Daher behält das Grundrecht auch nach dem einfachgesetzlichen Ende der Wehrpflicht (→ Art. 12a Rn. 5) seine Bedeutung.

b) Sachlich

- 51 aa) *Gegenstand*. Kriegsdienst mit der Waffe meint nicht nur den Dienst im Verteidigungsfall, sondern auch die Ausbildung an der Waffe in Friedenszeiten. Zwar könnte Abs. 3 („Kriegsdienst“) auch enger verstanden werden. Für die weite Interpretation spricht jedoch Art. 12a II, der deutlich macht, dass diejenigen, die den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen verweigern, auch in Friedenszeiten nicht zum Waffendienst herangezogen werden sollen (BVerfGE 80, 354 (358)).
- 52 Der Dienst an der Waffe muss in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Einsatz von Kriegswaffen stehen. Vor der Einziehung zur Bundeswehr an sich schützt Abs. 3 jedenfalls für die Zeit bis zur Entscheidung über die Anerkennung der Verweigerung nicht, sofern dort waffenloser Dienst (Verwaltung, Sanitätsdienst) zu leisten ist (BVerfGE 69, 1 (56f.)). Aus Art. 12a II 3 ist erkennbar, dass Abs. 3 auch vor der Einziehung zur Bundespolizei (in Art. 12a noch als Bundesgrenzschutz bezeichnet) schützt.
- 53 Untersagt ist die Heranziehung zum Dienst mit der Waffe nur, wenn sie gegen das Gewissen des Betroffenen erfolgen soll. Dafür wird eine als bindend empfundene Entscheidung verlangt; dass der Betroffene Streitkräfte lediglich für nicht sinnvoll hält o.Ä., reicht hingegen nicht aus (BVerfGE 48, 127 (173f.)). Näher zur Gewissensentscheidung → Rn. 41.
- 54 Die sog. Totalverweigerung, also die Verweigerung sowohl des Wehrdienstes als auch des Ersatzdienstes, wird von Abs. 3 nicht geschützt. Der Ersatzdienst ist gerade kein Kriegsdienst mit der Waffe. Zu den Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung der Totalverweigerung → Rn. 57, 61.
- 55 bb) *Gewährleistungen*. Abs. 3 schützt als subjektives Abwehrrecht vor der Heranziehung zum Kriegsdienst mit der Waffe.
- 56 In der Rechtsprechung wird diskutiert, ob aus Abs. 3 ein Auslieferungsverbot folgt, wenn dem Betroffenen in dem Staat, an den er ausgeliefert werden soll, die Einziehung zum Kriegsdienst mit der Waffe droht. Sofern man dem zustimmt, handelt es sich um eine Ausprägung der grundrechtlichen Schutzpflicht (v. Münch/Kunig/Mager Rn. 153), da es insofern um den Schutz gegenüber dem betreffenden fremden Staat geht.
- 57 cc) *Konkurrenzen*. Das BVerfG versteht Abs. 3 als eigenständiges Grundrecht. Die Regelung ist *lex specialis* gegenüber der Gewissensfreiheit aus Abs. 1. Das hat eine wichtige Konsequenz: Da Abs. 3 die sog. Totalverweigerung, also die Verweigerung nicht nur des Wehrdienstes mit der Waffe, sondern auch des zivilen Ersatzdienstes nicht schützt